موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

المدخل القانوني

المواد ١ - ٣٩

المجلد الأول



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في

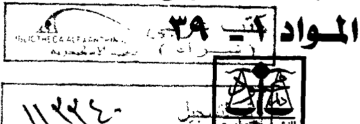
القانون المدني

{ المدخل للقانون }

مصادر القانون • تدرج التشريع • دستورية القوانين • تفسير التشريع • التعسف في استعمال الحق • تنازع القوانين من حيث الزمان • تنازع القوانين من حيث المكان • الشخص الطبيعي • القرابة بالنسب والمصاهرة • الاسم واللقب

المجلد الأول

المواد ١ - ٣٩



٩ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ ٠٢ ٠٠٢ - ٣٩٣٨٦١٨ ٠٢ ٠٠٢

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
الترقيم الدولى
٢٠٠٦/١٦٧٠٨
977 - 400 - 028 - 5



٢٢ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦



فأمَّا الزَّبَدُ فيَذْهَبُ جُفاءً وأمَّا
مَا يَنْفَعُ النَّاس فيَمْكُثُ فِي الأرْض

صدق الله العظيم





تقديـــم

يــثلج صـــدرى أن أقــدم لرجال القانون فى مصر والدول العربــية ، هــذه الموســوعة ، والتى تصدر فى ١٩ مجلدا ، واســتغرق إعدادها سنوات طويلة ، رغبة فى أن تظهر محققة لكل باحث بغيته فى سهولة ويسر وبأقصر طريق .

وقــد حرصنا فى الموسوعة بجانب الشرح الفقهى المسهب علــى إيــراد أحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا قديمها وحديثها حتى نضع أمام القارئ صورة متكاملة لاتجاه القضاء .

وأرجو أن يكون هذا العمل مثمرا نافعا .

وفى النهاية فإن الكمال لله وحده إنه على كل شىء قدير .

والله ولى التوفيق ،،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

كلمة الناشـــر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فأما الزبد فيذهب جفاءآ وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض "

صدق الله العظيم .

الى كل الناطقين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الباحثين عن كل ما هو جديد فى القانون ..

تتشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق على نصوص القانون المدني للمستشار / **محمد عزمي البكرى** في عشرين مجلدا فاخرا .

وهى تشتمل على جميع مواد القانون المدنى أى من المادة الأولى حتى المادة ١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلى والتعليق عليها بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية والأراء الفقهية الحديثة والقديمة حتى يتسنى لرجال القضاء و المحامين الاطلاع على جهد وبحث وخبرة سنين متواصلة من العمل المضنى بلغ ثمانية اعوام من الصبر والمثابرة لرصد لكل ما يمكن إن يكتب .. وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر الف صفحة (ألف ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذة الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديدة للعلم القانونى فى مصر والدول العربية .

الناشر

محمود ربيع خاطر



قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨
بإصدار القانون المدنى
(قانـون الإصـدار)

نحن فاروق الأول ملك مصر .

قـرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مـادة (١)

يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فـى ٢٨ أكـتوبر سـنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحـاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون (١).

الشــرح

١ـ إلغاء القانونين لايخل بالتشريعات الخاصة :

إلغـاء القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية الصادر فـى ٢٨ أكـتوبر سـنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحـاكم المخـتلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ، لايخل

---

(١) الوقائع المصرية فى ١٩٤٨/٢/٢٩ العدد ١٠٨ مكررا (أ) . ويلاحظ أن المحـاكم المخـتلطة ألغيـت اعتبار من ١٩٤٩/١٠/١٤ تنفيذا لمعاهدة مونترو المنعقدة عام ١٩٢٢.

بتطبيق التشريعات الخاصة القائمة وقت الإلغاء ، لأن القاعدة أن القانون العام لايلغى القانون الخاص ، ولو كان الأول لاحقا للثانى .

ومن ثم ظل ساريا القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، باعتباره تشريعا خاصا فى طبيعته ونظامه خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاما خاصة .

وكان مشروع المادة (١) من قانون الإصدار كما قدم للبرلمان يتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " وكذلك يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون " .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح الدكتور بهجت بدوى حذف هذه الفقرة " لأن المراد أن يحل هذا التقنين الجديد محل التقنين الحالى على أن يبقى مكملا بالقوانين الخاصة " ،

فوافقت اللجنة على هذا الحذف وجاء بتقريرها :

" وافقت اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الأولى من مشروع قانون الإصدار على أن يكون معلوما أن المقصود بهذا الحذف هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدني منشئة أوضاعا دائمة أو موقوته حتى لاينصرف النص فى عمومه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لايدخل فى قصد المشرع " .

كمـــا اقترح الشيخ أحمد رمزى (بك) أن تضاف العبارة الآتية إلـــى المادة الأولى " ويستمر العمل بالقوانين الخاصة المعمول بها الآن والـــتى وضعت معدلة أو مكملة لبعض أحكام هذين القانونين " وقـــد وافقـــت اللجـــنة على حذف الفقرة الثانية حتى تظل القوانين الخاصـــة قائمة ومعمولا بها وتعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتى ...... الخ ".

وقد جاء بملحق تقرير اللجنة أن :

" رؤى حذف الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها : " وكذلك يلغـــى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون"، وقـــد أقرت اللجنة هذا الاقتراح لأن ثمة تشريعات خاصة كالقوانين المقـــررة لاســـتثناءات من قواعد القانون المدنى ومن أمثلتها قانون تجـــزئة الضـــمان وهـــو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٤٢ بمنح تيسير للوفـــاء بـــالديون العقاريـــة المقترضة وقانون تنظيم العلاقات بين المؤجريـــن والمســـتأجرين . وقـــد خيف أن يكون فى عموم عبارة الفقرة التى تقرر حذفها مدخل للشك فى بقاء مثل هذه التشريعات . وعلـــى ذلـــك تـــبقى الفقرة الأولى من هذه المادة مطلقة النص فى إحـــلال نصوص المشروع محل نصوص القانون المدنى القائم فى

خارج حدود النطاق الذى قصد من وراء حذف الفقرة المتقدم ذكرها إلى إبقائه بمعزل عن متناول الإلغاء" [١].

٢ـ تطبيقات قضائية لعدم إلغاء القوانين الخاصة :

قضت محكمة النقض فى صدد عدم إلغاء القوانين الخاصة رغم صدور التقنين المدنى الجديد بأن :

١- " إذا كـان الحكـم قد قضى بالفوائد التأخيرية - عن مبلغ التعويض الذى قدره خبير رئيس المحكمة مقابل نزع الملكية - عن المدة السابقة على العمل بالقانون المدنى القائم أى المدة التى غايتها ١٤/١٠/١٩٤٩- باعتبار أن القانون المذكور عمل به على ما جاء بالمادة ٢ من قانون إصداره ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩- بواقع ٥% كمـا هـو مقرر فى ذلك القانون ، ثم بواقع ٤% من جميع المبلغ المحكـوم بـه من تاريخ الحكم إعمالا للقانون المدنى القائم ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٤/٢/١٩٧٤)

٢- " يعتـبر التقنين المدنى الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معـاملات الـناس علـى سـبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصـوص المـنظمة لعقد الإيجار هى الواجبة التطبيق أصلا ما لم تطـرأ ظـروف معيـنة يرى المشرع معها ضرورة تعطيل بعض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ١٦٨ ومابعدها .

أحكامـــه أو إحلال تشريعات خاصة بديلا عنها ويعتبر القانون رقم ١٢١ لســـنة ١٩٤٧ بشـــأن إيجـــار الأماكـــن وتنظيم العلاقة بين المؤجريـــن والمستأجرين تشريعا خاصا فى طبيعته ونطاقه إذ خرج بـــه المشـــرع عـــن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاما خاصـــة، فـــرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمســـتأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر فى تحديد الأجرة وفى طلـــب الإخـــلاء ، وقصـــر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لايلغيه إلا قانون خاص مثله ولاينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صـــريحة إلـــى الحالـــة التى كان يحكمها القانون الخاص، وجاءت عـــباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال ومن ثم ، فإن القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يظل نافذا وقائما حتى بعد صدور القانون رقـــم ١٣١ لســـنة ١٩٤٨ بشأن القانون المدنى ولايسوغ القول بأن القـــانون المدنـــى قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد فيعتبر وفقا للمـــادة الثانـــية ملغـــيا بكل ما سبقه من قوانين متعلقة بعقد الإيجار وبالعلاقـــة بين المؤجرين والمستأجرين ، لأن الأعمال التحضيرية لهذا القانون صريحة فى الإبقاء على نصوص قانون إيجار الأماكن بدليل حذف اللجنة التشريعية لمجلس الشيوخ الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفة البيان والتى كانت تقضى بإلغاء كل نص يخالف أحكام

القانون المدنى ، وبررت اللجنة هذا الحذف بأن المقصود هو الإبقاء علـى التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشـئة أوضاعا دائمة أو موقوته حتى لاينصرف النص فى عمومه إلـى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لايدخل فى قصد المشرع" مما مفـاده أن المـادة الثانـية سالفة الذكر إنما قصد بها مجرد إحلال القـانون المدنى الحالى محل نصوص القانون المدنى القديم الصادر فـى سنة ١٨٨٣ دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونين مجاله " .

(طعن رقم ٨٣٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

مــادة (٢)

علــى وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

الشــرح

٣ـ تعديل النص فى مجلس النواب والشيوخ :

كان مشروع المادة كما قدم للبرلمان الآتى :

" على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٤٦ " .

إلا أن اللجــنة التشريعية بمجلس النواب رأت أن يعمل بالقانون بعــد ســتة أشهر من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية وذلك حتى تكــون هــناك- بعد بحث مجلسى البرلمان للمشروع وإصداره – فســحه مــن الوقــت لدى المشتغلين بالقانون لدراسته دراسة وافية ولذلــك استبدلت عبارة (ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجــريدة الرسمية) بعبارة (ويعمل به اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٤٦) وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة .

وفـــى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة استبدال عبارة " ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ " بعبارة " ويعمل به بعد ســتة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية "[١] ووافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة .

---

(١) الــتاريخ الــذى تســتكمل فــيه البلاد سيادتها القضائية بإلغاء المحاكم المختلطة.

(بـاب تمهيدى)
أحكام عامــة
الفصل الأول
القانون وتطبيقه
١ـ القانـون والحـق
مـادة (١)

١- تســرى النصــوص التشــريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .

٢- فــإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضـــى العــرف ، فــإذا لــم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإســلامية فــإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

مصــادر القانــون

٤ـ معنى مصدر القانون :

لعــبارة مصدر القانون معان مختلفة ، فيقصد بها عند الكلام عن القوانين القديمة المراجع والأوراق التى توجد فيها تلك القوانين الملغــية لدرسها ، وهذه تتناقص يوما عن يوم ، حتى إننا لانجد لها الآن أثــرا فــى القانونين اليونانى والمصرى ، وهذه المراجع لها أهمــية كــبرى فــى التاريخ أما من حيث التشريع الحى فالأوراق

المذكـورة سـهلة الحصـول عليها ، وليس من الصعب معرفة النصوص القانونية .

وقـد يقصـد بالكلمـة المذكورة الطرق المختلفة التى أوجدت القواعـد القانونـية ، أى المصـادر الـتى خلقت القواعد القانونية وأنشأتها .

وقـد يقصـد بها السلطة التى تعطى للقانون قوته ، أى الأمة ، وبعـبارة أخـرى السـلطة التشريعية . وإذا أطلق لفظ " مصدر" فيقصـد بـه هـذا المعنى الأخير ، أى السلطة التى تعطى القانون صفته القانونية [١].

٥- أربعة مصادر للقانون :

يبين من المادة أن المشرع حدد مصادر القانون الرسمية بأربعة مصادر هى :

١- التشريع .

٢- العرف .

٣- مبادئ القانون الطبيعى .

٤- قواعد العدالة .

ولايطـبق القاضـى هـذه المصـادر فى مرتبة واحدة ، وإنما لايطبق العرف إلا إذا خلا التشريع من نص فى الحالة المعروضة

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى وسيد مصطفى أصول القوانين ١٣٤٢هـ - ١٩٢٣م ص ١١٣ .

علـيه ولايطـبق مـبادئ القانون الطبيعى إلا إذا خلا التشريع أو العرف من حكم للحالة المعروضة عليه ، ولايطبق قواعد العدالة ، إلا إذا لـم يجد حكما فى نص تشريعى أو فى العرف أو فى مبادئ القـانون الطبـيعى . فالنص قد تدرج فى مصـادر القانون فجعل أعلاها هو النص التشريعى وأدناها قواعد العدالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" جمـع المشـروع فى هذه المادة ما يعرف فى أصطلاح الفقه بمصـادر القـانون واسترشـد فى ذلك بالتقنينات الحديثة وبالتقنين السويسـرى بوجه خاص وليس يقصد من جمع المصادر على هذا الـنحو إلـى مجرد تعدادها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية فى التطبيق " [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٨٦ .

(المصدر الأول من مصادر القانون)
(التشريـــع)

٦ـ المقصود بالتشريع :

المقصـــود بالتشـــريع (النصوص التشريعية) هو كل أمر عام مجـــرد مكـــتوب يـــنظم سلوك الأفراد فى المجتمع ، وتكفل الدولة التزامهم به إما عن طريق فرض جزاء أو بوسائل التنفيذ الجبرى للأحكام القضائية .

ويســـتوى أن يكـــون التشـــريع صادرا من السلطة التشريعية (مجلس الشعب فى مصر) أو من السلطة التنفيذية كاللوائح التنفيذية أو اللوائح التنظيمية أو لوائح الضبط .

وإذا كـــان التشـــريع يتـــناول الآن دائـــرة واسعة من الروابط الاجتماعـــية ، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه ، أن المشرع لايخلق القانون كما قد يتوهم ، وإنما هو يستمد مادة تشريعية من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، ومن عادات الناس ومعتقداتهم ، ومـــن المثل العليا التى يتوخاها طبقا لمدنية عصره . وكل ما يفعل المشـــرع هـــو أن يضع القاعدة القانونية التى استمد مادتها من هذه المصـــادر المخـــتلفة فـــى ألفـــاظ من عنده ، ويعطى للقانون قوة ملزمة[١].

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت أصول القانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٦٣ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كـــان المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فـــيدخل فـــى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشـــريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القــرار ، فإنه لاتسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا علـــى ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعى " .

(طعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧)

خصـــائـــص التشريــــع :

٧ـ الخاصـــة الأولـــــى :

التجريد والعموميـة :

يقصد بالتجريد أن خطاب التشريع لايتوجه إلى شخص بعينه أو واقعـــة بذاتها وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وبتحقق الشروط بحيـــث ينطبق على كل واقعة تحقق بشأنها الشروط المتطلبة وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات المستلزمة .

فالـــتجريد هو الذى يضفى على القاعدة وصف العمومية بالنظر إلـــى أنه لا يستغرقها التطبيق المنفرد ، بل هى معدة لتواجه حالات غير متناهية .

والـــتحقق مـــن توافر التجديد يكون أيسر فى حالة تحليل النص التشريعى إلى عنصرين فرض وحكم .

فالفـــرض هـــو المركز أو الوضع الذى إذا تحقق وجب إعمال الحكم . والحكم هو الأثر الذى يوجبه القانون إذا تحقق الفرض.

فالنص الذى يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلـــية ، ولـــم يحجـــر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنـــية . وســـن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م٤٤ مدنى) ، يعتبر قاعدة عامة مجردة لأنه لم يحدد شخصا معينا بذاته بـــل المخاطب به كل من يبلغ سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه .

وتجـــريد القاعدة القانونية لاينتفى فى حالة تحديد نطاق تطبيقها مـــن حيـــث الـــزمان كما هو الشأن فى القواعد التى يتحدد نطاق تطبـــيقها بفترة إعلان الأحكام العرفية (مثال ذلك حظر التجول من ســـاعة معينة إلى ساعة معينة) . فهذا القاعدة القانونية تنطبق على أى شـــخص أو أى واقعـــة يتحقق فيها الشروط المستلزمة لتطبيق الحكـــم خـــلال هـــذه الفترة الزمنية . كذلك لايتعارض التجريد مع تحديـــد نطـــاق تطبـــيق النص التشريعى من حيث المكان كما هو الشـــأن فـــى الدول الفيدرالية حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة فى ولاية دون أخرى . إذ العبرة بعموم الصفة وليس بخصوص الذات فى النطاق المكانى لتطبيق النص التشريعى .

الأمر نفسه حيث يتحدد نطاق القاعدة بطائفة من الأشخاص كما هـــو الشأن فى القواعد المنظمة لمهنة المحاماة فلئن اقتصر تطبيقها على أفراد هذه الطائفة فإنها تنطبق على كل من يعمل فيها باعتباره محامــيا بغــض الــنظر عــن شخصه ، طالما أن الانضمام لهذه الطوائــف غــير ممــنوع بــل مسموح به بتوافر شروطه . كذلك لايــتعارض مــع الــتجريد انطباق القاعدة على مركز يشغله بحكم طبيعته شخص واحد طالما أن مناط انطباقها هو صفته وليس ذاته. كمـــا هو الشأن فى القواعد المنظمة لمركز مدير الجامعة أو عميد الكلية .

ويخــتلف الأمر عن التشريع فى أن الأول يقتصر تطبيقه على الشـــخص المعين أو الواقعة التى صدر بشأنها ، ويستنفذ قوته بهذا التطبــيق ، أمـــا الثانى فـــلا يستنفذ قوته بتطبيقه مرة أو مرات بل يتجدد العمل به كلما توافرت شروط انطباقه .

وتطبــيقا لذلـــك يعتــبر ما نص عليه قانون الخدمة العسكرية تشـــريعا، لأنه يسرى على فئة من الناس معينة بمجموعة أوصاف وشـــروط . وكذلك قانون الجامعات لأنه يسرى على فئة معينة من الطلـــبة . أمـــا الترخـــيص بصرف مبلغ لشخص معين أو القرار الصـــادر بإزالـــة بناء آيل للسقوط أو القرار الصادر بمنح شخص معيــن جنســية جمهورية مصر العربية أو بتعيين شخص فى أية

وظـيفة فإنـــه يستنفذ الغرض منه بالنسبة للشخص أو الواقعة التى صدر بشأنها (١).

وإذا انتفت خاصية التجريد والعمومية عن التشريع كان بمثابة أمــر فــردى لايرقى إلى مصاف التشريع فيتوقف أثره عند تحقق حكمه على الواقعة التى صدر بشأنها إلى غيرها .

والأمــر الفــردى يجب أن يتعدد بقدر الوقائع التى يراد تطبيق حكمــه عليها ما لم يشملها كلها ففرض الحراسة على شخص معين يــتم بقرار فردى لايصلح لفرض حراسة على شخص آخر ، ولكن يجوز أن يتضمن القرار الواحد عدة أشخاص ويظل مع ذلك فرديا.

والأمــر الفــردى لايــنفذ فى حق الأفراد إلا من تاريخ نشره بالجــريدة الرســمية أو مــن وقت علمهم اليقينى بصدوره حتى لو تضمن نصا بسريانه من تاريخ صدوره لأنه ينطوى حينئذ على أثر رجعى وهو ما لايجوز إلا بقانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصــل أن القرار الإدارى يعتبر موجودا قانونا بمجرد إصداره ، وتلتزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه ، ولو لم ينشر ، غير أنــه لايحــتج به على الأفراد ولاينتج أثره فى حقهم إلا من تاريخ

---

(١) الدكتور محمد على عرفه مبادئ العلوم القانونية الطبعة الثانية ص ٣٣ ومــا بعدها – الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ١٨ وما بعدها .

نشره فى الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علماً يقينيا ، وذلك حتى لايلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها ، وحتى لايطبق القرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة ، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم " .

٢- " لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص - قرارا إداريا فرديا وقد صدر بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢٥ ونص فى مادته الثالثة على أن ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه - على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية - أن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر به الأمر سالف الذكر قد طبع فى ١٩٦٢/١/٨ ولم يوزع إلا فى ١٩٦٢/١/٢٢ فإن هذا الأمر لايعتبر نافذا فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وهى وسيلة العلم التى نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى أن الأمر المشار إليه نص على أن يسرى فى شأن الخاضعين لأحكام الأمر العسكرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصرفات أو عمليات تجارية

أو مالية من أى نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المـادة ٢٠ مـن الأمـر المذكور على أن تسرى أحكامه على كل شـخص لـيس مـن الأشـخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معـاملات مـع أحدهم وفى خصوص هذه المعاملات ، كما نصت المـادة الثانـية منه على أن يعتبر باطلا بحكم القانون كل عقد أو تصـرف أو عمل تم أو جاء مخالفا لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لإدارة الأموال التى آلت إلى الدولة ، ونصت المادة ٢٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شرع فى مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وإذ كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤٠ لسـنة ١٩٦١ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره ، أن تسـرى الأحكـام السالف بيانها بأثر رجعى على الأشخاص الذين فرضـت علـيهم الحراسـة والمتعاملين معهم وفى خصوص هذه المعـاملات فتـبطل بأثـر رجعى تصرفاتهم التى أبرمت قبل نشر القرار المذكور، مع أنه لايجوز تقرير الأثر الرجعى فى هذا الشأن إلا بقـانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لايجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات . لما كان ذلك وكان الإقرار المؤرخ ١٩٦١/١١/٢٠ - المتضمن مديونـية المطعـون علـيه الـثانى - الذى فرضت عليه الحراسة بمقتضـى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ للمطعون عليه الأول قد صدر

قبل نشر الأمر المذكور ، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن السلطة العامة - إذ وضعت قاعدة تنظيمية- فإنه يكون من حقها أن تلغيها أو تعدلها حسبما يقتضيه الصالح العام، كما أنها تملك تفسيرها لإجلاء ما بها من غموض أو إزالة ما فيها من تناقض . ولكن لايجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة ، كما أنها لاتملك تفسيرها إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التى أصدرتها ، فإن هى فعلت شيئا من ذلك كان عملها باطلا لخروجه من مدار اختصاصها. وإعمالا لهذه الأصول تكون وزارة المالية - إذ قررت فى كتابها رقم ٩٤/١/١٨ المؤرخ ١٨ من يناير سنة ١٩٤٥ الموافقة على صرف الإعانة الاجتماعية ، للمستخدمين الذين يشغلون درجات خصوصية خارجة عن الهيئة توازى الدرجة التاسعة فى مربوطها أو تزيد عليه - قد وقع قرارها باطلا ، سواء اعتبر أنه معدل لقرارات مجلس الوزراء الصادرة فى شأن الإعانة الاجتماعية ، أو مفسر لقواعدها ، ذلك

لأن وزارة المالــية ســلطة أدنى فى التشريع من مجلس الوزراء ، ولايجــوز لهذه السلطة الأدنى أن تعدل قاعدة وضعتها تلك السلطة الأعلى ، ولا أن تفسرها ، لعدم تفويضها بذلك بنص صريح منها . هــذا فضلا عن أنه لايجوز تطبيق القاعدة التنظيمية بطريق القياس فى الحالات التى يترتب عليها تحميل الخزانة العامة بأعباء مالية ، ومــن ثــم فــلا يجــوز قياس الدرجات الخارجة عن الهيئة على الدرجــات التاسعة الداخلة فى الهيئة لإنزال حكم الثانية على الأولى إلا بنص صريح من السلطة المختصة قانونا حسبما سلف البيان" .

(طعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٤)

٨ـ التشريع الذى يتعلق بواقعة معينة :

إذا كان التجريد من سمات الغالبية العظمى من التشريعات، إلا أنــه قــد يصدر من السلطة التشريعية تشريعا يتعلق بواقعة معينة بــالذات كما هو الشأن فى ضرورة اعتماد الموازنة العامة من قبل مجلــس الشــعب (م١١٥ مــن الدستور) أو يصدر تشريعا يتعلق بشــخص معين بألذات كما هو الحال فيما كانت تقرره المادة ١٣٧ مــن دستور ١٩٢٣ من ضرورة منح الامتياز باستغلال مورد من موارد البلاد أو منح الالتزام باستغلال المرافق العامة بقانون. وكذا شــأن ما صدر عن مجلس الشعب المصرى مقررا معاشا استثنائيا لأســرة أحــد رؤساء الجمهورية السابقين على سبيل التعيين . هذه الأنظمــة يكيفها الفقه والقضاء على أنها قوانين من الناحية الشكلية

لصدورها عن السلطة المختصة بالتشريع ، ولكنها لا تعتبر قوانين من الناحية الموضوعية لأنها لاتتضمن قواعد مجردة[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قـــانون ربـــط الميزانية لايعتبر قانونا إلا من الناحية الشكلية فحسب أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذى إدارى " .

(الطلـــب رقم ٨٤ سنة ٢٤ قضائيـــة " رجال القضاء" جلسة ١٩٦٠/٤/٣٠)

٩ـ الخاصة الثانية :

الجزاء :

يشـــترط فى التشريع أن يكون ملزما أى يكون له جزاء يجعله واجب الاتباع ويجبر الناس على احترامه ويكفل سير علاقاتهم فى الناحية التى تتعلق به على وتيرة واحدة . فتتحقق بذلك فكرة النظام التى ينطوى عليها كل قانون .

والجـــزاء هـــو الأثر الذى يترتب وفقا للتشريع على مخالفته ، وهو يختلف باختلاف التشريعات والعصور.

والجـــزاء قد يكون جنائيا ، فيفرض التشريع عقوبة توقع على مخالفته .

وقد يكون مدنيا كإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو التعويض .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٢٠ هامش (١) .

وقد يكون إداريا كإزالة التعدى الواقع على أملاك الدولة العامة أو الخاصة أو تأديبا يوقع على من يخالف القواعد التى تفرضها الوظيفة أو المهنة .

كما أن للقانون الدستورى جزاءاته الخاصة والتى تتخذ طابعا سياسيا .

كما أن للقانون الدولى جزاءاته التى تتلاءم مع طبيعة العلاقات التى يحكمها ، ومنها قطع العلاقات السياسية أو الاقتصادية أو الحصار العسكرى أو الاقتصادى أو قطع المواصلات أو التدخل الحربى(١) .

وخاصة الجزاء هذه قائمة فى كل ما يمكن أن يسمى بالنص التشريعى لا فرق فى ذلك بين كون القاعدة آمرة أو مقررة ، كما سنرى .

وربما يثور فى الذهن أن هناك قواعد أخرى ملزمة كقواعد الدين أو قواعد الأخلاق وإذن فخاصة الإلزام هذه ليست فيصلا حاسما فى تمييز التشريع عن غيره من القواعد الاجتماعية .

---

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى- القاعدة القانونية ص ١١٢ .

ومــع ذلــك لم يتردد أحد فى تأكيد أن هذه الصفة تعتبر صفة جوهرية فى التشريع (١).

أنــواع التشريع وتـدرجــه

١٠ـ تعداد :

أنــواع التشــريع ثلاثـــة ، وهذه الأنواع الثلاثة تتدرج تدرجا تنازلــيا مـــن حيث قوتها القانونية ومن حيث السلطة التى تصدرها ومن حيث موضوعها كالآتى :

١- التشريع الأساسى وهو الدستور .

٢- التشريع العادى أو الرئيسى .

٣- التشــريع الفــرعى أى اللوائـــح والقرارات التى تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ونعرض لكيفية سن هذه التشريعات على النحو التالى .

١١ـ أولاً : الدستور :

نفــرق بيــن إعداد دستور جديد وبين تعديل مادة أو مواد من دستور قائم .

---

(١) الدكــتور أحمــد سلامه المدخل لدراسة القانون – الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ١٩٧٤ ص ٤٩ .



بحتة . وذلك بإعداده بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب ثم يعرض على الاستفتاء الشعبى لإقراره . وأحيانا يلجأ الحاكم إلى إصدار الدساتير كوسيلة لتخدير الشعب وامتصاص غضبه ، مع تحقيق مظهر الديمقراطية دون جوهرها ، وذلك بتشكيل جمعية تأسيسية ثم فرض القرارات عليها بالإرهاب ، أو بعرض الدستور على الاستفتاء مع تزوير نتيجته .

وليس ثمة قاعدة تحكم نفاذ الدساتير ، فقد يكون ذلك بالإصدار والنشر مثل التشريع العادى. وقد يكون ذلك بطريقة أخرى . كما هو الحال بالنسبة للدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١ الذى تقضى المادة ١٩٢ منه بأن : " يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء" (١).

هذا عن سن ونفاذ الدستور الجديد ، أما بالنسبة لتعديل مادة أو عدة مواد من دستور قائم ، فإن ذلك أمر يقرره عادة الدستور نفسه. ومن ذلك ما يقرره الدستور المصرى .

فتنص المادة ١٨٩ منه على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ،

---

(١) الدكتور نعمان محمد خليل جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ١٦٠ وما بعدها .

ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل .

فـــإذا كـــان الطلـــب صادرا من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .

وفـــى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فـــى شأنه بأغلبية أعضائه ، فإذا رفض الطلب لايجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض .

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين مـــن تاريخ هذه الموافقة ، المواد المطلوب تعديلها ، فإذا وافق على التعديل ثلثا أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه.

فـــإذا ووفـــق على التعديل اعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء .

١٢ـ للدستور الصدارة على كافة التشريعات :

الدســـتور له الصدارة على كافة التشريعات ، باعتباره القانون الأسمى ، ومن ثم إذا وجد نص فى قانون أوفى لائحة يخالف نصا فى الدستور، وجب على المحاكم أعمال النص الوارد بالدستور .

وقـــد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض (الدائرة الجنائية) فـــى حكـــم حديث لها صادر بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ قضائية جاء فيه :

بعـــد الاطـــلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة والمداولة .

من حيث إن الطعن استوفى الشكل المقرر فى القانون .

ومـــن حيث إن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه إنه إذ دان الأول بجريمة الكسب غير المشروع وألزم الباقين بالرد بقـــدر ما استفاد كل منهم، قد شابه الخطأ فى تطبيق القانون ، ذلك لأن نـــص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع التى دين بها الطاعن الأول يخـــالف الدستور إذ أهدر أصل البراءة المنصوص عليها فى المادة ٦٧ من الدستور بما يعيبه ويستوجب نقضه .

ومـــن حيث إن البين من الأوراق أن الدعوى الجنائية أقيمت على الطاعن الأول بوصف أنه خلال الفترة من سنة ١٩٧٣ وحتى سنة ١٩٨٧ بدائرة محافظة الجيزة : بصفته من العاملين فى الجهاز الإدارى فى الدولة ونائبا لوزير الشباب والرياضة ثم رئيسا للمجلس الأعلـــى للشباب والرياضة ثم وزيراً للشباب والرياضة ثم محافظاً للجيزة حصل لنفسه ولزوجته رجاء عبد المطلب وولديه القاصرين خـــالد ووليد على كسب غير مشروع بسبب استغلاله للوظائف التى تولاهـــا ســـالفة الذكـــر ممـــا أدى إلى زيادة طارئة فى ثروته بما لايتناسب مع موارده المالية وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ومحكمـــة جنايات الجيزة قضت فى ٢٣ من أغسطس سنة ٢٠٠٠

بمعاقبته بالحبس مع الشغل لمدة سنة واحدة وبتغريمه ما يوازى ما طرأ على ثروته من زيادة وبرد مثل ذلك المبلغ من أموال كل منهم بقـدر ما استفاد من هذا الكسب وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة الثانـية مـن القـانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع مع إيقاف تنفيذ عقوبة الحبس فقط .

ومـن حيث إن التشريع يتدرج درجات ثلاث هى الدستور ثم التشـريع العادى ثم التشريع الفرعى أو اللائحة ، وهذا التدرج فى القـوة ينـبغى أن يسلم منطقاً إلى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ولا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه ، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين علـى المحـاكم الامتـناع عن تطبيقه . أما من حيث رقابة صحة التشـريع الأدنى من حيث الموضوع ، فقد جاء اللبس حول سلطة المحـاكم فى الامتناع عن تطبيق تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى إزاء مـا نصـت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور القـائم بقولهـا تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضـائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشـريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون . ولاجدال أنه على ضوء النص الدستورى سالف البيان فإن اختصاص المحكمة

الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو إلى دستوريته لايشاركها فيه سواها ، وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسري في مواجهة الكافة، على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى ، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغائه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم ، ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء ، غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معاً لتعارض أحكامهما ، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين ، كما لايمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولابين التشريع ذات المرتبة الواحدة ، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم في رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة

المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإدارى بإلغاء هذه اللائحة ، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادى بينما يمنع من رقابـة مـدى اتفاق القوانين مع قواعد الدستور وعدم مخالفتها له ، فهـذان الـنوعان من الرقابة القضائية ليساً إلا نتيجتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع، وليس من المنطق- بل يكون من المتناقض- التسـليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفـرعى مـن تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، فضلا عن أن تخويل المحاكم هذا الحق يؤكـد مبدأ الفصل بين السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفـرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجـبرها بذلـك علـى تطبـيقه ، ممـا يخل باستقلالها ويحد من اختصاصـها فى تطبيق القواعد القانونية والتى على رأسها قواعد الدسـتور ، ويؤكد هذا النظر أيضا أن الدستور فى المادة ١٧٥ منه أنـاط بالمحكمـة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضـحت المذكـرة الإيضـاحية لمشروع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخـرى فـى هـذا الاختصاص بقولها " كما أن هذا الاختصاص لايصـادر حـق جهات القضاء الأخرى جميعاً فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن

النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " فرغم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من المحاكم مادام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور مادام لم يصدر من المحكمة الدستورية العليا حكم بدستورية النص القانونى أو عدم دستوريته. لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة- محكمة النقض- قد جرى على أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعى الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن تنزل على أحكامه فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقاً أم لاحقاً على العمل بالدستور . لما هو مقرر من أنه لايجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته ، هذا وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ باعتبار المادة ٤٧ من

قـــانون الإجـــراءات الجنائـــية تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور واعتـــبرتها منســـوخة بقوة الدستور ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٨٤ وقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ مـــن قـــانون الإجـــراءات الجنائية فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية ولم تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأن قضـــاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التى كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص ، كما صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر سنة ١٩٩٣ حكـــم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائـــية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه ولم يصدر حكـــم للمحكمـــة الدستورية العليا بعد فى هذا الشأن ، وخلاصة ما سـلف إيـــراده أنـــه فى الأحوال التى يرى فيها القضاء العادى أن القـــانون قد نسخه الدستور بنص صريح ، لايعتبر حكمه فاصلا فى مســـألة دستورية ، ولا يحوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية فى مواجهـــة الخصـــوم دون الكافـــة ، لما كان ما تقدم ، وكان قضاء محكمة النقض قد جرى أيضا على أن الشرعية الإجرائية سواء ما اتصـــل مـــنها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشـــرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع ، أو ما اتصل بوجوب التزم الحكـــم بالإدانـــة بمـــبدأ مشـــروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستورى مقرر ، جميعها ثوابت قانونية أعلاها الدستور والقانون

وحـرص علـى حمايتها القضاء ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنمـا بحسبانها فى المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل فى حمايـة قريـنة الـبراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء، فالغلـبة الشـرعية الإجرائـية ولو أدى إعمالها لإفلات مجرم من العقـاب وذلك لاعتبارات أسمى تغياها الدستور والقانون . لما كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى أيضا على أن افـتراض بـراءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان علـيها أصلان كفلهما الدستور بالمادتين ٤١، ٦٧ فلا سبيل لدحض أصـل الـبراءة بغـير الأدلة التى تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعـية مـبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إلى المـتهم فـى كـل ركن من أركانها وبالنسبة لكل واقعة ضرورية لقـيامها وبغـير ذلك لاينهدم أصل البراءة إذ هو من الركائز التى يسـتند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة ، وهذا القضاء تمشياً مع ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور من أن " المتهم برئ حتى تثبت إدانـته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" ومفاد هذا النص الدستورى أن الأصل فى المتهم البراءة وأن إثبات الـتهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة فعليها وحدها عبء تقديم الدلـيل ، ولا يلزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته ، كما لايملك المشـرع أن يفـرض قرائـن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم . ولقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية

العليا على القضاء بعدم دستورية القوانين التى تخالف هذا المبدأ وعلى سبيل المثال ما قررته المادة ١٩٥ من قانون العقوبات ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية ، وما نصت عليه المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وكذلك ما نصت عليه المواد ٣٧، ٣٨ ، ١١٧ من قانون الجمارك سالف الإشارة ، وكذلك ما نصت عليه المواد ٢، ١٠، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٤ مكرر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها . كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق بتاريخ ٢٢ من يوليو سنة ١٩٩٨ باعتبار الفقرة التاسعة من المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ منسوخاً ضمناً بقوة الدستور وجميع هذه النصوص ذات قاسم مشترك فى أنها خالفت قاعدة أصل البراءة المنصوص عليها فى الدستور ونقلت عبء الإثبات على عاتق المتهم . لما كان ذلك ، وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع إذ نص فى الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن " وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة فى الثروة تطرأ بعد تولى الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو

أولاده القصـــر متى كانت لاتتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها " . يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكســب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة فى ثـــروة الخاضـــع لاتتناسب مع موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها ، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفـــته المـــبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحـــو ما جرى تبيانه وفقاً لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدســـتورية العلـــيا فى النصوص التشريعية المشابهة والتى انتهت محكمة النقض إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور ، بينما انتهـــت المحكمـــة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصـــوص لمخالفـــتها أيضا للدستور . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعـــون فـــيه إذ دان الطاعـــن الأول لعجـــزه عن إثبات مصدر مشـــروع لما طرأ على ثروته من زيادة لاتتناسب مع موارده يكون قـــد أخطأ فى تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكاب المتهم للفعـــل المؤثم وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة فى ثروته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بناء على هذا الافتراض الظنى وقلب عبء الإثبات مستندا إلى دليل غـــير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التى تقضى بافـــتراض أصـــل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقيـــن لا على الافتراض والتخمين ، ولما كان العيب الذى شاب

الحكم – عند الطعن فيه لثانى مرة– مقصورا على الخطأ فى تطبيق القـــانون على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم فإنه يتعين حسب القاعدة الأصولية المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون حالات وإجـــراءات الطعـــن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لســـنة ١٩٥٩ ، أن تحكـــم محكمـــة النقض وتصحح الخطأ وتحكم بمقتضـــى القـــانون دون حاجة إلى تحديد جلسة لنظر الموضوع ، ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن الأول مما أســـند إليه . لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع تنص علـــى أن " كل من حصل لنفسه أو لغيره على كسب غير مشروع يعاقب بالسجن وبغرامة مساوية لقيمة الكسب غير المشروع فضلا عـــن الحكم برد هذا الكسب " . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها علـــى أن " وعلـــى المحكمة أن تأمر فى مواجهة الزوجة والأولاد القصـــر الذين استفادوا من الكسب غير المشروع بتنفيذ الحكم بالرد فى أموال كل منهم بقدر ما استفاد " . وهو ما يدل على أن إصدار الأمر – متقدم المساق – إذا توافرت موجباته ، يتوقف على صدور حكـــم بإدانـــة الـــزوج الحاصل على كسب غير مشروع مرتبط به ويـــدور معه وجوداً وعدما ، بحيث لايتصور صدوره إلا إذا صدر حكـــم بإدانـــة الزوج ولا تكون له قائمة إذا ما ألغى الحكم المذكور ومـــن ثم مادامت المحكمة قد انتهت – على ما سلف – إلى براءة

الطاعـن الأول فإنــه يتعيـن إلغــاء الأمر بالرد فى مواجهة باقى الطاعنين " .

١٢ـ ثانياً : التشريع العادى :

يمر سن التشريع العادى بثلاث مراحل يتم بها وجود القانون وهى :

١- اقتراح التشريع .

٢- الموافقة عليه من مجلس الشعب .

٣- إصدار رئيس الجمهورية للتشريع .

ونعرض لهذه المراحل فيما يلى :

١- اقتراح التشريع :

اقــتراح التشــريع هــو عرض مشروعات قواعد قانونية على مجلس الشعب بقصد استيفاء الإجراءات اللازمة بشأنها حتى يصدر بها تشريع يجعلها فى مرتبة قواعد القانون الوضعى .

وحق اقتراح التشريع يكون لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب (م١٠٩ من الدستور) .

وقــد جــرى الاصــطلاح بتسمية ما يعرض من جانب رئيس الجمهوريــة مشــروعات قوانيــن ، وما يتقدم به أعضاء المجلس التشريعى اقتراحات بقوانين [١].

---

(١) الدكــتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ١٤٦ .

ويحـــال كـــل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه، وهـــى اللجـــنة الـــتى تخـــتص بموضـــوع الاقتراح كلجنة الشئون الخارجـــية أو الشئون السياحية أو الشئون التعليمية .... إلخ وتقوم اللجنة المختصة بإعداد تقرير يعرض على المجلس مع الاقتراح .

إلا إذا كـــان الاقـــتراح مقدما من أحد أعضاء المجلس ، فيجب عرضـــه علـــى لجـــنة خاصة تسمى (لجنة الاقتراحات) للنظر فى صـــلاحية عرض الاقتراح على المجلس ، ثم بعد ذلك يعرض على اللجـــنة الفنـــية المختصة (م١١٠ من الدستور) وتبرير عدم عرض اقتراح الحكومة على لجنة المقترحات ، أنها تملك من الإمكانيات ما يســـمح لهـــا بدراسة مشروع القانون من الناحية الفنية ومن الناحية القانونـــية قبل عرضه على المجلس . وكذلك يمر اقتراح الحكومة علـــى قســـم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لصياغته . أما بالنسبة لاقـــتراح أحـــد الأعضـــاء فإن الأمر يختلف ، لأن العضو العادى لايملـــك من الوسائل ما يسمح له بدراسة اقتراحه فنيا أو بصياغته بالطريقة المناسبة (١).

وعـــند رفـــض المجلـــس لمشروع قانون قدمه أحد الأعضاء ، لايجـــوز إعـــادة تقديمـــه ثانـــية فى نفس دور الانعقاد (م١١١ من الدستور) .

---

(١) نعمان جمعه ص ١٦٢ .

٢- الموافقة على التشريع من مجلس الشعب :

يجب موافقة مجلس الشعب على القانون بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، أى أكثر من نصف الحاضرين . وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة .

ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة . وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المناقشة فى شأنه مرفوضا .

ولا يكون انعقاد المجلس صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه (م١٠٧ من الدستور) .

٣- إصدار التشريع :

بعد أن تتم الموافقة من مجلس الشعب على مشروع القانون ، يحال بعد ذلك إلى رئيس الجمهورية حيث تقضى المادة (١١٢) من الدستور بأن " لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها " .

وتقضى المادة ١١٣ بأنه : " إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر . وإذا رد فى الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه اعتبر قانونا وأصدر" .

ويبين مما تقدم أن اعتراض رئيس الجمهورية فى الميعاد المتقدم قصد به حمل مجلس الشعب على إعادة النظر فى مشروع القانون، ولايفهم هذا الاعتراض على أنه قضاء مبرما على مشروع القانون الذى وافق عليه مجلس الشعب، إذ يستطيع هذا المجلس برغم اعتراض رئيس الجمهورية على القانون، أن يصر عليه وعندئذ يجب الحصول على أغلبية ثلثى أعضاء المجلس لإقرار مشروع القانون مرة ثانية ، وعندئذ لايجوز لرئيس الجمهورية الاعتراض بل يجب عليه إصدار هذا القانون. ولذلك قيل إن اعتراض رئيس الجمهورية إنما هو اعتراض توفيقى veto supensif (١).

١٤ـ نشر القانون :

تنص المادة ١٨٨ من الدستور على أن : " تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر".

وكلمة القوانين الواردة بالنص تنصرف إلى كافة التشريعات ، ومن بينها التشريعات الفرعية كاللوائح والقرارات الوزارية .

ونشر القوانين فى الجريدة الرسمية شرط أساسى لنفاذ القانون ، والهدف منه هو إعلام الكافة بالقانون ، وهذا الإعلام ضرورة

---

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى مقدمة القانون المدنى- الدار الجامعية ص ٢٧١ - نعمان جمعة ص ١٦٤ .

يقتضـــيها العـــدل ومنطق الإلزام بحكم القاعدة القانونية الذى يقترن بتوقـــيع جـــزاء علـــى المخالف . فلكى يوقع الجزاء على شخص لمخالفـــة حكـــم قاعدة معينة ، فإن العدل والمنطق يقتضيان إتاحة الفرصـــة للمخاطـــب بـــأن يحترم هذا الحكم ويفلت من الجزاء . فالتخيـــير بيـــن احترام ومخالفة قاعدة ليس متصورا بغير الإحاطة بحكمها .

وبـــناء على ذلك يعتبر النشر فى الجريدة الرسمية هو الطريق القـــانونى لشـــهر التشريع الجديد. ولايقوم غيره مقامه ولو ثبت أنه أنجـــع فـــى إحاطـــة الناس علما بهذا التشريع كالإذاعة بالمذياع أو التلفاز مثلا [١].

وقد رأينا أن النص أوجب نشر القوانين بالجريدة الرسمية خلال أســـبوعين من يوم إصدارها ، وذلك حتى لاتتحكم السلطة التنفيذية فـــى نفـــاذ القانون بتعطيل نشره لأنها هى التى تهمين على عملية النشر [٢].

كما أوجب النص أن يعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ص١٥٢- الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٨٧.

(٢) نعمان جمعه ص ١٦٦ .

وطـــبقا للنص فإن يوم نشر القانون لايحسب فى ميعاد الشهر ، بل لابد من انقضاء شهر كامل أيا كان عدد أيامه – ابتداء من اليوم الــتالى لــتاريخ النشر ولاينتهى باعتباره ميعادا كاملا إلا بانصرام اليوم الأخير [١].

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن الأصل الدستورى هو أن القوانين لايعمل بها إلا من تاريخ العلــم بها ، وأن الأصل أن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها فى الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر . والعلم – والحالة هذه – لايفترض إلا بعد تمام واقعة معينة ، فلا يبدأ المجال الزمنى الحقيقى لتطبيق القانون الجديد إلا بعد اليوم المعين لتمام هذا النشر ، لأن هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعا وعشرين ساعة، وقــد يــتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا الوقت لآخره، فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟

ولــذا كان الأصل المسلم فى حساب المواعيد كافة أنه إذا كان المــيعاد لايبدأ قانونا إلا بحدوث أمر معين هو الذى يعتبره القانون مجريا للميعاد فلا يحسب منه اليوم المعتبر فى نظر القانون مجريا لهــذا الميعاد ، وإنما يحسب اليوم الأخير وقد ردد قانون المرافعات

---

(١) رمضان أبــو السعود وهمام محمد محمود ص ٨٧ – سليمان مرقس ص ١٥١ .

هــذا الأصــل الطبــيعى فى المادة ٢٠ منه فى خصوص حساب المواعــيد الخاصة بهذا القانون . وتطبيقا لهذا الأصل الطبيعى ذاته فــى شــأن تحديــد المجال الزمنى لكل من القانون القديم والقانون الجديــد . فمــادام المجال الزمنى للقانون الجديد لايبدأ إلا بعد تمام الأمر المعين الذى يعتبره الدستور هو المجرى لهذا المجال ، وهذا الأمر هو تمام النشر فى الجريدة الرسمية ، وهذا النشر قد يتراخى لآخــر الــيوم كما تقدم ، فإن هذا اليوم لايدخل فى المجال الزمنى للقــانون الجديــد ، بل يبدأ هذا المجال من أول اليوم التالى ، وكان لامحيص من اعتبار يوم النشر ذاته داخلا فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٣/٢١)

غــير أنــه يجوز أن ينص فى القانون على أن ينفذ قبل الميعاد المذكــور ، أو بمجــرد نشــره أو بعد انقضاء مدة أطول من مدة الشهر.

١٥ـ تصحيح الأخطاء الواردة عند نشر القانون :

قد يحدث أن يعترى النص المنشور للقانون فى الجريدة الرسمية خطــأ . هــذا الخطأ بدوره أما أن يكون مجرد خطأ مادى لايمس موضوع وجوهر التشريع وهو عادة من السهل تبينه شأن الأخطاء اللغويــة أو الــنحوية أو الســهو المطبعى الواضح وقد يكون خطأ جوهريا يؤثر فى معنى التشريع . أما عن النوع الأول وهو الخطأ

المـــادى فـــإن تصويبه يتم بمجرد استدراك ينشر بالجريدة الرسمية يتضمن التصحيح والتصويب فعلى هذا النحو يتم التصويب بواسطة الجهـــة القائمـــة على نشر الجريدة الرسمية بغير تصويت جديد من السـلطة التشـــريعية وبغـــير إصدار جديد من رئيس الجمهورية . ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح له وله نفس قوته ويسرى النص المصحح من تاريخ العمل بالنص الأول .

أمـــا الـــنوع الـــثانى من الأخطاء وهى تلك التى تمس جوهر التشريع وتؤثر على معناه فإنه لايجوز أن يتم إلا من خلال تشريع جديد من السلطة التشريعية يعدل به التشريع الذى تضمن الأخطاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الاســـتدراك الذى ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصـــلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها . ويعتـــبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى الـــنص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له من جهة لاتملكه لايجوز إلا بصـــدور قـــانون آخـــر ولاينال من النص الأصلى الذى يتعين إعمال أحكامه ".

(الطلب رقم ٣٧ لسنة ٢٩ ق " رجال القضاء " جلسة ١٩٦٦/١/١٨)

٢- " الاستدراك هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطأ مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ، ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له لايجوز إلا بصدور قانون آخر " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٢/١/٣)

١٦- لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية إذا ثبت عدم توزيع الجريدة :

مناط الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية ، أن يكون عدد الجريدة المنشور بها القانون قد تم توزيعه ، أما إذا ثبت عدم توزيعه لأى سبب ، فإنه لايجوز الاحتجاج بنشر القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر فى سنة ١٩٧١ أنه يجب العمل بالقوانين بعد مضى شهر يبدأ من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، ما لم يحدد القانون نفسه ميعادا آخر أقصر أو أطول من ذلك لكى يصير نافذا ، وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى

١٩٧٣/٣/٢٦ والمنشـــور فـــى الجريدة الرسمية فى ١٩٧٣/٤/٥ إجــراءات الطعن وجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون فــيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة وإلا حكـــم ببطلان الطعن على خلاف ما كان متبعا قبله من ضم الملفين الابـــتدائى والاستئنافى بجميع مفرداتهما، فيغنى هذا الضم بذاته عن تقديـــم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه ، وتقضـــى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره ، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن فى ١٩٧٣/٥/٥ فى ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن صـــورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلا لايغير من هـــذا النظر ما ذهب إليه محامى الطاعنين بالجلسة من أنه لم يكن يعلم بالتعديل السالف ، وأنه استحال عليه ذلك تبعا لتقديمه صحيفة الطعـــن فى ١٩٧٣/٤/٥ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة الـــتى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهو ذات اليوم الذى نشر فيه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية ، ذلك لأنه وإن كان افـــتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهون بعـــدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . ولئن كان المقصـــود بالنشر ليس مجرد إدراج التشريع بالجريدة الرسمية أى

طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتبارا بأن التوزيع هو الذى يبيح لجمهـــرة المواطنيـــن فرصـــة معرفة القانون ومن ثم يسوغ القول بافـــتراض علمهـــم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنيـــن تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية التى نشر فيه ذلـــك القانون لم يصر توزيعه فعلا فى يوم نشره ، وكانت الشهادة الـــتى تذرعوا بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا فـــى ١٩٧٣/٤/١٤ فـــإن هذه الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلا ذات يوم نشره بالجـــريدة الرســـمية ويكون قول الطاعنين فى هذا الشأن مرسلا لا يدحض افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها " .

(طعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

١٧ـ لايجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة من مناطق الجمهورية :

لايجـــوز الاحتجاج بنشر القانون إذا كانت الجريدة الرسمية لم تصـــل إلى منطقة من مناطق الجمهورية نتيجة قوة قاهرة ، كوجود حالة حرب أو وباء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٤ وأنه قد بدأ العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٥٧/٤/١٤ فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى بها وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة إلى ما قررته الطاعنة في مذكرتها من أن المدة التى مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث فإن هذا الاستناد خطأ فى القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لايعتبر قوة قاهرة ولايبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور " .

(طعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٨)

١٧ مكررا ـ هل يجوز الاعتذار بجهل القانون ؟

رأينا أن الدستور اعتبر نشر القانون بالجريدة الرسمية دليلا علي علم الكافة بالقانون، وأن المقصود بالعلم هو العلم الحكمي أو القانونى وليس العلم الفعلى. فالنشر قرينة علي علم الكافة بالقانون

الكافة بالقانون ويترتب علي هذه القرينة مبدأ قانونى شهير مضمونه أن الجهل بالقانون ليس بعذر .

وقد رأينا أن هذا العلم ينتفى بعدم توزيع الجريدة الرسمية أصلا أو عدم وصولها إلى منطقة معينة نتيجة قوة قاهرة .

ومـــن ثم فإنه يترتب على ذلك أن المخاطب بالقانون لايستطيع الإفـــلات بحجة وجود ظروف خاصة منعته من العلم به ، كمرضه بمـــرض قضى على حواسه أو افقده الوعى ، أو وجوده فى مكان نـــاء أو تغيبه عن أرض الوطن .

غـــير أن غالبـــية الفقه تذهب إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بـــالجهل بأحكـــام القانون لاينطبق إلا على القوانين المتعلقة بالنظام العام .

ويـــرى الفقه أن فكرة النظام العام فى هذا المجال تختلف عنها فـــى مجـــال التفرقة بين القواعد التى يجوز الاتفاق على ما يخالفها وغيرها من القواعد .

ومـــن أمثلة القواعد التى يجوز فيها التمسك بالجهل بالقانون ما يأتى :

١- أن يتعاقد شخص مع آخر بلغ الثامنة عشرة وهو يعتقد أنه قـــد بلغ سن الرشد، جاهلا صدور قانون جديد برفع هذه السن إلى الحادية والعشرين .

٢- أن يصطلح الوارث مع الموصى له ، وهو وارث آخر، على جزء من العين الموصى بها وهو يعتقد أن الوصية لوارث تصح دون إجازة من الورثة .

٣- أن يبيع وارث حصته فى التركة ، وهى يحسب أنه يرث الثلث مثلا ، فإذا به يرث النصف طبقا لقانون الميراث الذى عمل به .

٤- إذا صدر قانون بتخفيض قيمة الإيجارات ، ودفع المستأجر قيمة الإيجار كاملة دون أن يعلم بصدور هذا القانون ، جاز له أن يعتذر بجهله هذا القانون وأن يسترد القدر الذى دفعه زيادة عما يجب .

٥- إذا كان مشترى العقار يجهل صدور قانون التسجيل الجديد الذى جعل العقد لاينقل الملكية إلا بعد تسجيله ويعتقد أن البائع إليه كان مالكا بعقد غير مسجل ، جاز له أن يعتذر بجهله القانون وأن يتمسك باعتباره حائزا بحسن نية يجوز له تملك ثمار المبيع الذى انتقل إلى حيازته بقبضها .

ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام التى تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون **فكرة ضيقة حتى تكاد ألا تشمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الإجراءات أو استعمال بعض الحقوق**[1] .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٥ وما بعدها – وفى هذا المعنى محمد على عرفه ص ١٤ .

غـير أن انطـباق قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون لايسرى على القوانين الجنائية بصفة مطلقة ، فقد يعتبر من عناصر الجريمة مخالفة العمل المكون لها لحكم قانون غير قانون العقوبات . فعندئذ يلزم لتوافر القصد الجنائية انصراف علم الفاعل إلى ذلك القانون ، فـالجهل بــه يأخذ حكم الغلط فى الواقع إذ الغلط فى الوقائع ينفى القصد الجنائى .

وتظهـر أهمـية ذلك فى الجرائم التى يعتبر عدم ملكية الجانى للمال موضوع الجريمة ركنا فيها كالسرقة والإتلاف وقتل الحيوان أو الإضـرار بــه . فالقصـد فى هذه الجرائم لايتوافر إلا إذا كان الفاعل يعلم أن المال مملوك للغير ، فإذا كان يجهل ذلك فلا يتوافر القصد فى حقه [١].

وقـد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض – الدائرة الجنائية ـ إذ قضت بأن :

١- " إذا تبيـن أن ملكية الشئ المسروق محل نزاع جدى بين المـتهم والمجنى عليه ولم يقم دليل على أنه لاشبهة لدى المتهم فى ملكـية المجـنى علـيه للشـئ المسروق وأن أخذه للشئ إنما كان

---

(١) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٢٩١ وما بعدها – الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ٦٢٩ ومابعدها .

اختلاسا له وسلبا من مالكه الذى يعتقد هو أن الملكية خالصة له من دونـــه فلا يتحقق القصد الجنائى فى السرقة ولايمكن العقاب عليها. بل تبقى المسألة نزاعا مدنيا محضا يظفر فيه من يكون دليله مقبولا بمقتضى قواعد القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٢٩/٢/٢٨)

٢- " مـــتى كانـــت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين مباشـــرة عقد الزواج - وهو مشروع فى ذاته - قررا بسلامة نية أمـــام المأذون وهو يثبته لهما - عدم وجود مانع من موانعه ، كانا فـــى الواقـــع يجهـــلان وجوده وكانت المحكمة - بناء على وقائع الدعـــوى وأدلـــتها المعروضة عليها - قد اطمأنت إلى هذا الدفاع وعدتهمـــا معذورين يجهلان وجود ذلك المانع وأن جهلهما فى هذه الحالـــة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هـــو جهـــل بقـــاعدة مقـــررة فـــى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصـــية. وهـــو جهـــل مركـــب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبـــالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا - فى المسائل الجنائية - اعتـــباره فـــى جملته جهلا بالواقع وكان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذه دليلا قاطعا على صحة ما اعتقده من أنهما على صحة ما اعتقد من أنهما كانا يباشران عملا مشروعا - للأســـباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد - بما ينتفى معه

القصـــد الجـــنائى الواجب توافره فى جريمة التزوير فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما " .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/١١/٣)

إلا أنـــه لايقـــبل الاعـــتذار بالجهل بالقانون إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا ، وأنه قد اعتقد بأنه إنما كان يباشر عملا مشروعا وكان لاعتقاده هذا أسباب معقولة .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" ... ولكـــن مـــثل هـــذا الجهل لايقبل الاعتذار به إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى كافيا ، وأنه إذا اعتقد بأنه إنما كان يباشر عملا مشروعا كان لاعتقاده هذا أسباب مقبولة . فإن هذا هـــو المعول عليه فى القوانين الجنائية التى أخذ عنها الشارع أسس المسئولية الجنائية . وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون، إذ أنـــه مع تقريره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون قال مثلا فى المادة ٦٣ عقوبات : " لاجريمة إذا وقع الفعل من موظف أمـــيرى إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه ، أو إذا حسنت نيته وارتكب فعـــلا تنفـــيذيا لمـــا أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وأنه على كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى ، وأنه كان يعتقد مشروعيته،

وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة " كما قال فى المادة ٦٠ أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة أو القانون " .

(طعن رقم ١٠٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/١٠)

١٨- الغلط فى القانون :

أنظر شرح المادة (١٢٢) .

١٩ - ثالثا: التشريع الفرعى :

التشـــريع الفرعى هو الذى تقوم بوضعه السلطة التنفيذية لتنظيم تفاصـــيل تطبيق التشريع العادى ، وترتيب المصالح العامة ، وهو يشمل اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التنفيذية المختلفة.

فهو ينقسم على هذا النحو إلى ثلاثة أنواع هى :

(أ) اللائحة التنفيذية .

(ب) اللائحة التنظيمية .

(ج) لائحة الضبط .

ونعرض لكل منها بشئ من التفصيل فيما يلى :

٢٠- (أ) اللائحة التنفيذية :

وهـــذه اللائحـــة أشـــارت إليها المادة ١٤٤ من الدستور والتى تقضـــى بـــأن : " يصـــدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله

أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه " .

فالأصـــل أن كــل أعمال التشريع تعتبر من اختصاص السلطة التشـــريعية دون غيرها . فإذا وضعت هذه السلطة تشريعا متعلقا بموضـــوع معيـــن ، كان يجب أن تضمنه جميع القواعد التفصيلية التى تنظم طريقة تنفيذه ، وأن توالى هذه القواعد بالتعديل والتحوير فيها على ضوء ما ينكشف للسلطة التنفيذية عند تطبيق التشريع .

غـــير أنـــه لوحـــظ أن تنظيم التشريع يقتضى الإحاطة بجميع الظروف المتباينة التى يراد تطبيقه فيها والدخول فى تفاصيل دقيقة ويصـــطدم بصـــعوبات عملـــية لاتتضح إلا للسلطة التنفيذية عند التطبيق . ويســـتحيل علـــى الســـلطة التشريعية أن تحيط بكل ذلك سلفا ، لتنظيمه فى التشريع ذاته ، ولذلك عهد المشرع إلى السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح التنفيذية .

وهـــذه اللوائح التنفيذية تعتبر من الناحية الموضوعية تشريعات فرعـــية، وإن كانـــت من الناحية الشكلية تعتبر أعمال إدارة عامة لصدورها من رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية [١].

ويتضـــح من النص المذكور أن إصدار هذه اللوائح هو أساسا من اختصاص رئيس الجمهورية، وله تفويض غيره فى إصدارها .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٤٠ .

كـــأن يفوض رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص فى إصدار اللائحـــة ، وقـــد يعيـــن القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمـــة لتنفيذه وغالبا ما يكون هو الوزير الذى يقع فى اختصاص وزارته موضوع القانون المطلوب تنفيذه . ومن أمثلة ذلك ما تنص علـــيه المادة ٨٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبـــيع الأماكـــن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أن : "يصـــدر وزير الإسكان والتعمير اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به " .

وأيا كانت السلطة التى تضع اللوائح التنفيذية فإنها يجب عليها أن تتقيد فى وضعها بما يقضى به التشريع الرئيسى . فلا يجوز لها أن تضـــع مـــن القواعـــد التنفيذية ما يتعارض مع قواعد التشريع الرئيســـى ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحدا من تنفيذه ، لأنها إن فعلـــت تخـــرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لايعمل بها.

وكذلك فيما يتعلق بالسلطات الإدارية المختلفة فيما تصدره من لوائح أو قرارات تنفيذية ، فإن السلطة الأدنى لايجوز لها أن تعدل فيما تصدره من قرارات ما تكون السلطة الأعلى قد وضعتها [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٤١ وما بعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد ص ٧٨ .

كما لايجوز للائحة التنفيذية عن طريق تفسير بعض الأحكام التى اشـتمل علـيها القـانون أن تعمـد إلى تحوير أو تحريف مضمونها وإضـافة أحكام جديدة لها ، فمثل هذه الإضافة لايجوز أن تكون إلا بقـانون . وإذا عمدت السلطة التنفيذية ، وهى تضع اللائحة إلى مثل هذا، فإنها تكون قد تعدت النطاق المرسوم لها وتجاوزت اختصاصها .

واعتدت على اختصاص السلطة التشريعية ويمكن الطعن عليها بعدم المشروعية .

ويملك القضاء إذا تبين له أن اللائحة التنفيذية قد تضمنت حكما مخالفـا للقـانون الصادرة تنفيذا له ، أن يمتنع عن تطبيق اللائحة ويطبق النص القانونى طبقا لمبدأ تدرج التشريعات [١].

ولضمان عدم خروج اللائحة التنفيذية على القانون تنص المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه: " علـى كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات " .

---

(١) الدكـتور رمضـان أبو السعود الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى الدار الجامعية للطباعة والنشر ص ٢٨٣ – الدكتور يحيى الجمل النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ١٩٧٤ ص ٢١١ .

كمــا تــنص المــادة ٦٤ علــى أن : " تقوم بمراجعة صياغة التشــريعات الــتى يرى مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلــس الدولــة نظرها على وجه الاستعمال لجنة تشكل من رئيس قســم التشريع أو من يقوم مقامه وأحد مستشارى القسم يندبه رئيس القسم ورئيس إدارة الفتوى المختصة " .

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية بأن :

" لمــا كان ذلك ، وكانت أولى فقرات المادة الأولى من القانون رقــم ٨٠ لســنة ١٩٤٧ فى شأن تنظيم الرقابة على عمليات النقد تنص صراحة على أنه : يحظر التعامل فى أوراق النقد الأجنبى أو تحويــل الــنقد من مصر وإليها ، كما يحظر كل تعهد مقوم بعملة أجنبــية وكل مقاصة منطوية على تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبى وغير ذلك من عمليات النقد الأجنبى سواء كانت حالة أو كانــت لأجــل إلا بالشروط والأوضاع التى تحدد بقرار من وزير المالــية وعن طريق المصارف المرخص لها منه فى ذلك " ، كما تــنص المــادة الأولــى مــن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ فى شأن الاســتيراد والمادتــان الأولــى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ علــى حظــر اســتيراد الســلع من خارج الجمهورية قبل الحصــول على ترخيص فى الاستيراد من وزارة الاقتصاد وعلى اعتــبار هذه التراخيص شخصية لايجوز التنازل عنها وأن " يكون اســتيراد الســلع من خارج الجمهورية بقصد الاتجار أو التصنيع

مقصورا على شركات وهيئات القطاع العام أو تلك التى يساهم فيها القطاع العام " ، وأن " تكون تراخيص الاستيراد شخصية ولايجوز التـنازل عنها بأى وجه من الأوجه أو بيعها كما يجوز توكيل الغير فى بيعها " ، وكان من المقرر أن التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق لـه أعلـى منه أو مساو له فى مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذ كـان الثابـت أن قانونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأى مـن القوانين أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ و ٩ لسنة ١٩٥٩ و ٩٥ لسـنة ١٩٦٧ وأباح التعامل فى النقد الأجنبى وأفعال المقاصة بما تـنطوى علـيه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبى أو أجـاز للأفـراد والقطـاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخـيص من وزارة الاقتصاد وبقصد الاتجار . وكان الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزم جانب الدقة فى ذلك وعـدم تحمـيل عـباراتها فوق ما تحتمل . وأنه متى كانت عبارة القـانون واضـحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبير صادقا عن إرادة الشـارع ولايجـوز الانحـراف عنها عن طريق التفسير أو الـتأويل أيـا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه

إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه ، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة إلى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة فى هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يرتكز على محل واحد هو التعامل فى النقد الأجنبى للاحتياج إليه فى التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلا عن مخالفته لصحيح القانون اجتهادا غير جائز إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا فى تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لايجوز قانونا . وإذ كان من حق السلطة التنفيذية – طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها – أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية

لايصـــح أن تلغى أو تنسخ نصا آمرا فى القانون . ومن المقرر أنه يشترط لصدور القرار فى حدود التفويض التشريعى ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد في نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحــددة في القرار ، وأنه عند التعارض يبن نصين أحدهما وارد فـــي القـــانون والأخر وارد في لأتحته التنفيذية ، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة ".

(طعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢)

ويـــرى بعـــض الفقهـــاء أنه لا يعد خروجا على نطاق اللائحة التنفيذية أن تضيف إلى القانون الصادرة هى لتنفيذه من القواعد مالا يتعارض مع أحكامه وإنما يتفق معها صراحة أو ضمنا ويتمشى مع الغرض الذى يرمى القانون إلى تحقيقه [١].

٢١- هل يتوقف تطبيق القانون على صدور لائحته التنفيذية؟

الأصل أن القانون يسرى من التاريخ المحدد لسريانه إذا كانت نصوص القانون صالحة بذاتها لتسرى على الوقائع التى تخضع له. أمـــا إذا كانت هذه النصوص يتوقف سريانها على صدور اللائحة التنفـــيذية للقـــانون ، فإنـــه يرجأ العمل بالقانون لحين صدور هذه اللائحة والعمل بها .

---

(١) الدكتور محمد كامل ليلة مبادئ القانون الإدارى جـــ١ بيروت ١٩٦٨ – ١٩٦٩ ص ٣١٦ والمراجع المشار إليها فى هامش رقم (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إن القــانون رقــم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد صدر ونشر بالجريدة الرســمية وفقــا للأوضـــاع الدستورية فأصبح بذلك نافذا . وتنص المــواد ١، ٢ ، ٣، ٤، ٦، ١٠ منه على أوامر ونواه صريحة غير معلقــة على شرط يحتم القانون مراعاتها فى كل تقسيم يراد إنشاؤه فى المدن والقرى التى يسرى عليها ، وتنص المادة ٢٥ على تكليف وزارة الأشغال العمومية والداخلية والصحة العمومية والعدل بتنفيذه كــل فيما يخصه ، وإذ خولتهم إصدار قرارات باللوائح التنفيذية له وأجازت فيها إضافة شروط على الشروط الواردة فيه (المادتان ٢، ١٢) أو تعديل بعض هذه الشروط بالنسبة لبعض المدن والقرى أو لــبعض الأحياء من المدن فيما يتعلق بعرض الطرق (المادة ٤) لم ترتــب على التراخى فى إصدار اللوائح التنفيذية تعطيل النصوص الــناجزة الــتى أوجب القانون مراعاتها كما أن المادة السابعة من القــانون إذ نصت على وجوب تقديم الطلب الخاص بالموافقة على التقســيم طــبقا للشروط والأوضاع المقررة باللائحة التنفيذية إنما جــازت أن تتضــمن تلــك اللائحة من الشروط والأوضاع لتنظيم الطلبات شروطا أخرى غير ما أوجبه القانون دون أن يفيد ذلك أنه إذا لــم تصـــدر لائحة تنفيذية امتنع تنفيذ القانون . وإذن فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهمين تأسيسا على أن القانون رقم

٥٢ لسـنة ١٩٤٠ لم تصدر بعد لائحته التنفيذية مما يجعل أحكامه مبهمة وغير واضحة – يكون مبنيا علىخطأ فى تفسير القانون ".

(طعن جنائى رقم ١٨٦ سنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٤/٦/١٠)

(طعن جنائى رقم ٢٥٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٥/١/١١)

٢٢ـ هل يعمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغى ؟

وإن ترتب على إلغاء قانون نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لاتـتعارض مـع القانون الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح تنفيذا للقـانون القديـم إذا كانت تتوافق مع نصوص القانون الجديد فإنها تظل سارية حتى تصدر اللائحة التنفيذية للقانون الجديد ما لم ينص القانون الجديد صراحة على إلغاء تلك اللائحة [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إلغـاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد، وإن ترتـب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لاتتعارض مع الـنظام القـانونى الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفـيذا للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مـع القـانون الجديد، فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح ".

(طعن رقم ٥٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢)

---

(١) راجـع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الأول الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٣/٢٠٠٢ ص ٦٧ .

٢- " إلغـــاء نظـــام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتـــب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لاتتعارض مع النظام القانونى الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفـيذا للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مـــع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول فى ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها وإذ كان القانون الجديد لبلدية الاسكندرية رقـــم ٩٨ لســـنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصـــها فـــى تسيير النظام المالى للبلدية وحقها فى تحصيل الإيـــرادات لمواجهـــة ما تؤديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامـــة المـــنوط بها إدارتها والجهاز الإدارى للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لايســـتتبع إلغـــاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى ، ومنها القرار الصادر فى ١٩٤٢/١٠/٢١ بفرض رسوم بلدية على محـــال الخمـــور ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد بـــتعديله أو إلغائه ، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدى ، لأن الضرائب والرسوم المحلية لايشترط أن يكون فرضها بقانون ، وإنما يكفى أن تصدر بناء على قانون " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢٦) (١)

٢٣- (ب) : اللوائح التنظيمية :

تنص المادة ١٤٦ من الدستور على أن :

" يصــدر رئـيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة " .

فاللوائح التنظيمية هى التى تنشئ وتنظم وترتب سير العمل فى المرافق والمصالح العامة وتنسق العمل بينها .

وهذه اللوائح مستقلة ، وليست تنفيذا لقانون معين .

وقــد خــول النص رئيس الجمهورية سلطة إصدار هذه اللوائح باعتبار أنه القائم على مباشرة مهام السلطة التنفيذية فهو الذى يتولى تسيير المصالح والمرافق العامة التى هى هيئات تقوم بأداء خدمات عامــة فــى مختلف المجالات ومن خلالها تمارس السلطة التنفيذية مهامهما الإدارية .

---

(١) عكس ذلك المحكمة الإدارية العليا إذ قضت فى الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٧ بأن :

" إن اللوائح التنفيذية إنما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذى تصدر تنفيذا لأحكامه فإذا ما ألغى هذا القانون ، ولم ينص القانون اللاحق على بقــاء اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذا للقانون السابق قائمة ومعمولا بها إلــى أن تعــدل أو تلغــى طــبقا للقانون الجديد ، فإن ذلك يستتبع حتما وبالضرورة اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون أن يحل محلها شئ ولأنها إنما تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجودا وعدما ".

ومن قبيل ذلك القرار الجمهورى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧ بإنشاء هيــئة القطاع العام لاستصلاح الأراضى والقرار رقم ٣٦١٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن تنظيم أكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا .

ويلاحــظ أن نــص المــادة ١٤٦ من الدستور لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى تفويض غيره فى إصدار اللوائح التنظيمية كما هــو الشـأن فــى اللوائــح التنفيذية ، والسبب فى ذلك أن اللوائح التنظيمــية تعد أكثر أهمية وخطرا من اللوائح التنفيذية لأنها لوائح قائمة بذاتها ولا تستند إلى قانون تصدر لتنفيذه .

وتزداد هذه الأهمية والخطورة بعد أن سمح لرئيس الجمهورية بإنشاء المرافق الجديدة ، ولذلك لايجوز التفويض فى هذا الشأن[1].

وقد قضت محكمة النقض ـ فى حالة قريبة الشبه ـ بأن :

" يبيــن من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ أن التفويض باتخــاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة الأولى منه صادر من المشــرع إلى وزير التموين وبشرط موافقة لجنة التموين العليا ولم يــنص فى هذا المرسوم بقانون على تخويل الوزير الحق فى إنابة غيره فى اتخاذ أى من هذه التدابير ولهذا فلا يكون لغير الوزير من موظفــى وزارة التمويــن اتخاذ شئ منها كما لايجوز للوزير نفسه

---

(١) الدكتور رمضان أبو السعود ص ٢٨٥ .

إصـــدار قـــرارات باتخاذ تلك التدابير أو بعضها إلا بموافقة لجنة التموين العليا " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٨)

٢٤- (ج) : لوائح الضبط (لوائح البوليس) :

تـنص المــادة ١٤٥ مــن الدستور على أن : " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط " .

ولوائــح الضــبط (لوائــح البوليس) هى اللوائح التى تضعها الســلطة التنفــيذية قاصدة بها تحقيق المصلحة العامة فى مجالات المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

ويقصد بالسكينة العامة المحافظة على حالة الهدوء والسكون فى الطـــرق والأماكن العامة حتى لايتعرض أفراد الجمهور لمضايقات الغـــير بهـــذه الأماكـــن وإزعاجهم فى أوقات راحتهم أو الأصوات المقلقة للراحة ويشمل ذلك الاضطرابات والثورات والأصوات التى تنبعث من الباعة المتجولين أو المتسولين ليلا .

ويقصـــد بالأمـــن العام اطمئنان الجمهور على نفسه وماله من خطـــر الاعـــتداءات الـــتى يمكن أن تقع عليه فى الطرق والأماكن العامة كما يقصد به حماية الجمهور من الكوارث والأخطار العامة كالفيضــــان والغـــرق والحـــريق والحـــوادث التى تقع من مجانين وحوادث السطو .

ويقصد بالصحة العامة وقاية الجمهور من الأمراض بإعداد المياه الصالحة للشرب والمحافظة عليها من التلوث ومقاومة الأمراض المعدية . ومنع انتشارها وتنظيم المجارى العامة وغير ذلك من الأعمال التى تلزم للمحافظة على صحة الجمهور [١].

ومن أمثلة لوائح الضبط أو لوائح البوليس ، لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة ، واللوائح الخاصة بالمحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة [٢].

ولم تخول المادة (١٤٥) رئيس الجمهورية تفويض غيره فى إصدارها ، ومن ثم لايجوز له التفويض فى إصدارها والسبب فى ذلك أنه وإن كانت هذه اللوائح لاتستطيع أن تخالف أحكام القوانين القائمة أو تعارضها أو تعطل نفاذها أو تعديلها شأنها فى ذلك شأن اللوائح التنفيذية إلا أنها من ناحية أخرى كثيرا ما تنظم أموار لم يسبق تنظيمها بقانون ، وتضع ابتداء قيودا متعددة على حقوق وحريات الأفراد .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) يحيى الجمل ص ٢١٢ .

ويلاحـــظ أخــيرا أن لوائح الضبط قد تقضى ببعض العقوبات اللازمة لفرض احترام أحكامها ، وقد قيد المشرع السلطة الإدارية فـــى هــذا الشأن بقيد عام ورد فى المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات (المستبدلة بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١) حيث تقضى هذه المادة بـــأن : " مـــن خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائـــح بشـــرط ألا تـــزيد علـــى خمسين جنيها فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها.

فـــإذا كانـــت اللائحة لاتنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين جنيها " .

ومعـــنى ذلـــك أن ســـلطة رئيس الجمهورية فى تضمين لوائح الضـــبط لـــبعض العقوبـــات تقيد بألا تزيد هذه العقوبة عن عقوبة المخالفة .

وهـــو مـــا يعتبر أساسا شرعيا لولاية لائحة الضبط فى إنشاء بعـــض الجـــرائم والعقوبات على اعتبار أن المادة ٦٦ من الدستور تـــنص على أنه : "لاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون " ، ولم يقل النص " إلا بقانون " .

والفقـــه علـــى اعتـــناق التفسير الضيق لنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ فى شأن التفويض فى الاختصاصات التى تقضى بأن: " لرئيس الجمهورية أن يعهد ببعض الاختصاصات

المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو رئيس الوزراء أو نواب رئـيس الوزراء أو الوزراء أو نواب الوزراء ومن فى حكمهم أو المحافظيـن". ولكن لايجوز لأحد ممن فوضه رئيس الجمهورية فى هـذا الاختصاص أن يفوض غيره فيه ، حيث حصر الفقه صلاحية رئـيس الجمهورية فى التفويض فيما تقرر له بمقتضى التشريعات العادية بمالا يمتد إلى ما هو ثابت بالدستور (١).

٢٥ـ حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى :

تعـد السـلطة التشريعية ممثلة فى مجلس الشعب صاحبة الحق الأصـيل فـى سـن التشريع العادى ، ومع ذلك فقد تحل السلطة التنفـيذية محـل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين ، هما حالة الضرورة وحالة التفويض .

٢٦ـ (أ)ـ تشريع الضرورة أو لوائح الضرورة :

تقضـى المـادة (١٤٧) من الدستور بأن : " إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير، جـاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٨٢ وهامش (٢) .

ويجـــب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشـــر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة حله أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلـــك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " .

ويستخلص من هذا النص أن هناك عدة شروط لإمكان صدور قرار من رئيس الجمهورية له قوة القانون ، أى قرار بقانون هى :

١- أن يكون مجلس الشعب فى غيبته أى يكون غير منعقد :

وأســـباب عـــدم الانعقـــاد متعددة ، فمن المعروف أن المجلس لايـــنعقد بصفة دائمة فمدة الانعقاد العادى للمجلس يبدأ من الأسبوع الـــثانى من نوفمبر ويستمر مدة سبعة أشهر على الأقل (م١٠١ من الدســـتور) ، أى أن هـــناك فترة إجازة أو راحة للمجلس قد تستمر خمســـة أشهر ، وقد يكون سبب عدم الانعقاد هو صدور قرار من رئيس الجمهورية بحل المجلس ووقف جلساته بالتطبيق لحكم المادة ١٣٦ مـــن الدستور التى تقضى بأن : " لايجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ويصدر رئـــيس الجمهورية قرارا بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء

خـــلال ثلاثيـــن يوما ، فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قرارا به ... الخ " .

فالرخصـــة التى منحها الدستور لرئيس الجمهورية فى إصدار القـــرار بقـــانون يناط به استخدامها فى حالة غيبة المجلس أيا كان سبب تلك الغيبة .

٢- أن توجـــد ضرورة للالتجاء إلى ذلك ، أى أن يكون هناك أمـــر عاجل يلزم علاجه دون إبطاء ، وفيما لايحتمل الانتظار إلى حيـــن عودة مجلس الشعب أو انعقاده ، كحالة حرب أو فتنة داخلية أو كـــوارث طبيعـــية . وقـــد جاءت صياغة النص مرنة بما يمكن رئيس الجمهورية من مواجهة الحالات غير المتوقعة وغير الواردة تحت حصر والتى يترك له أمر تقدير إلحاحها وهو ما لا خطر منه بالـــنظر إلى ضرورة عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى مدة قصيرة حددها النص لمراقبة دواعى الضرورة .

وعلـــى اعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها . فإن إصدار رئيس الجمهوريـــة لقـــرارات بقوانيـــن فيما هو من الاختصاص الأصيل لمجلـــس الشعب لايكون إلا فى الحدود اللازمة لمواجهة الظروف الاســـتثنائية التى دعت إلى تدخله سواء من ناحية الموضوع أو من حيث الزمن . بحيث تعتبر اغتصابا لسلطة مجلس الشعب ما يصدر عـــنه فـــى شأن موضوعات لاتستلزمها مواجهة حالة الضرورة أو فـــيما بعد انتهاء حالة الضرورة أو فيما بعد عودة الأصيل صاحب الاختصاص .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- (أ)- " إن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات قوانين عمـــلا بالمـــادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابـــة مجلـــس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية الـــتى لا تمـــتد إليها الرقابة الدستورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهوريـــة سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهـــة وذلـــك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لايعنى إطـــلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضـــوابط الـــتى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمـــة ومن بينها اشتراط أن يطرأ – فى غيبة مجلس الشعب – ظـــرف مـــن شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاســـتثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون علـــيه الأمر الذى يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية " .

(القضـــيـــة رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائيـــة " دستورية " جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

(ب)- " إن ســـن القوانيـــن عمـــل تشـــريعى تختص به الهيئة التشـــريعية الـــتى تتمـــثل فـــى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدســـتور، والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على

مقتضــى القواعد المقررة فى الدستور إلا أنه نظرا لما قد يطرأ فى غيــبة مجلــس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لاتحــتمل التأخــير ، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية فى تلك الحالات أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون .

وقــد حــرص المشــرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية فى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها إلى ممارسة تشريعية مطلقة ، موفقا بذلك بين مقتضيات الفصل بين الســلطات وضــمان مباشــرة كل منها للمهام المنوطة بها ، وبين الاعتــبارات العملــية الملحة التى تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصــة التشريع – على سبيل الاستثناء – لمواجهة تلك الظروف الطارئــة حال غياب المجلس التشريعى المختص أصلا بذلك . من أجل ذلك نص الدستور فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه: " إذا حــدث فــى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قــرارات تكــون لها قوة القانون " . وفى الفقرة الثانية على أنه: "ويجــب عــرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشــر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، ويعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قــرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما

كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " .

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

٣- " إن الأسـباب الـتى استندت إليها الحكومة فى التعجيل بإصـدار القـرار بقـانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى غيبة مجلس الشـعب، تتمـثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من " أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصية ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فـيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارهـا علـى العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا كبـيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشف ذلـك عـن قصـور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلـك فـى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق .... " .

لمـا كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة البيان ، وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وإن جاز أن تـندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع

الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى إلا أنه لاتتحقق به الضوابط المقررة فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور ، ذلك أن تلك الأسباب – تفيد أنه لم يطرأ – خلال غيبة مجلس الشعب – ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ – إذ صدر استنادا إلى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها ، يكون مشوبا بمخالفة الدستور" .

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية "دستورية " جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

٢- (أ)- " إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمنها لأحكامها فى صلبها تمكينا للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع فى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير فى شأنها . ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير وتطبيقها لها ، مبررا بحالة الضرورة ومستندا إليها ، وبالقدر الذى يكون متناسبا مع متطلباتها، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٤/١٨)

(ب)- " إن ســـن القواينن هو مما تختص به السلطة التشريعية تباشره وفقا للدستور فى إطار وظيفتها الأصلية ، ولئن كان الأصل أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التى أسندها الدســتور لها ، وأقامها عليها ، إلا أن الدساتير المصرية جميعها ، كــان علــيها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما فى المجال المحدد لها أصلا، بضــرورة المحافظـــة على كيان الدولة وإقرار النظام فى ربوعها إزاء مـــا قـــد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حـــال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التى تواكـــبها ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستندا إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعى يكون لازما لمواجهة التزاماتها الدولية الحالة ، ولقد كان النهج الذى التزمـــته هـــذه الدســـاتير على اختلافها وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة - هو تخويلها السلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة أوضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها أو مداها . وذلك فى حالة الضرورة التى اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التى تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائى ، ذلك أن الاختصـــاص المخـــول للسلطة التنفيذية فى هذا النطاق لايعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية

في المجال التشريعي . إذا كان ذلك ، وكانت التدابير العاجلة التى تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها فى حرمة المخالفة الدستورية ، ذلك أن توافر حالة الضرورة – بضوابطها الموضوعية التى لاتستقل السلطة التنفيذية بتقديرها – هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة ، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص ، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور ، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية – وهى من طبيعة استثنائية – إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ، ولا عاصم من جموحها وانحرافها " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)

(ج)- " النعى بانتفاء حالة الضرورة التى تسوغ إصدار القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة فى الجمهورية العربية المتحدة مردود بأن البين من الاطلاع على المذكرة الإيضاحية لذلك التشريع ، أن رئيس الجمهورية أصدر القرار رقم ٨٨٤ بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٩ مقررا بمقتضاه انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة فى ليك سكس بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٥٠ ، وكانت المادة الأولى منها

تقــرر موافقــة الدول أطرافها على معاقبة أى شخص يقوم بقصد إشــباع شــهوة الغــير بحمــل شــخص آخر أو ترغيبه أو تقديمه لأغراض الدعارة أو استغلال دعارته ولو كان ذلك بموافقته. كما تلــزم الاتفاقية الدول أطرافها بالعمل على معاقبة كل من يفتح بيتا للدعــارة أو يديره أو يقوم بتمويله مع علمه بذلك . وكذلك كل من يؤجــر بــناء أو مكانــا أو جزءا من بناء أو مكان يستأجره بقصد دعــارة الغــير إلــى غير ذلك من الأعمال التى تعتبر شروعا فى ارتكاب أى جريمة مما تقدم أو تعد من الأفعال التحضيرية لها .

لمــا كان ذلك ، وكان انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى تلــك الاتفاقية يجعلها طرفا فيها ويلزمها بالعمل على تنفيذ أحكامها ومــن بينها إلغاء الدعارة فى كل صورها باعتبار أن الدعارة وما يتــبعها من شر الاتجار فى الأشخاص بقصد إشباع شهوات الغير تــناقض كــرامة الإنسان ، وتعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعــة ، وهــو ما واجهته الاتفاقية بذهابها إلى حد إلزام الدول أطــرافها بــأن تعمل على اتخاذ التدابير التى من شأنها منع البغاء وضــمان تأهيل ضحاياه وإصلاحهم اجتماعيا عن طريق الخدمات الاجتماعــية والصحية والاقتصادية والتعليمية وغيرها من الخدمات المتصــلة بها ، وكذلك اتخاذ التدابير اللازمة لتنظيم دعاية مناسبة لتحذير الجمهور من مخاطر الاتجار بالأشخاص فى مجال الدعارة، فضــلا عــن إبــلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بالقوانين واللوائح

المعمــول بها لديها فى شأن المسائل التى تنظمها الاتفاقية، وكذلك نصــوص القوانين واللوائح الجديدة وكافة التدابير التى تتخذ لتنفيذ أحكامها .

إذ كــان ذلك ، وكان البغاء – عند انضمام الجمهورية العربية المــتحدة إلى الاتفاقية السالف بيانها- محظورا فى إقليمها الجنوبى ومنظما فى إقليمها الشمالى ، وكان إنفاذ أحكام تلك الاتفاقية يقتضى تطبــيقها على إقليمها لفرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة للــبغاء ســواء فــى ذلــك ما تعلق منها بالتحريض على البغاء أو المساعدة عليه أو استغلاله أو احترافه أو غير ذلك من أشكاله ، فقد أصــدر رئــيس الجمهورية العربية المتحدة القرار بقانون رقم ١٠ لســنة ١٩٦١ مؤكدا بالأحكام التى تضمنها ما يقتضيه النزول على الاتفاقــية الدولــية المشار إليها من اتخاذ التدابير التشريعية العاجلة الــتى تكفل إلغاء البغاء ومكافحته فى إقليمى الجمهورية ، وآية ذلك أن هذه الاتفاقية وإن كان لها قوة القانون عملا بنص المادة ٥٦ من الدســتور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨، والمادة ١٥١ من الدستور القائم ، إلا أن أحكامها تحيل إلى القوانين والــنظم فــى الــدول أطرافها وتتطلب إقرار ما يكون لازما منها لتفصــيل الأحكام التى أجملتها الاتفاقية بمراعاة أغراضها كى تحدد على ضوئها جرائم الفجور والدعارة فى أشكالها المختلفة ، وتقرر كذلــك عقوباتهــا ، إلى غير ذلك من التدابير الاجتماعية والتعليمية

والصحية التى تتصل بمكافحة البغاء فى صوره المتعددة وتأهيل ضحاياه ، بما لايجوز معه القول بانتفاء حالة الضرورة التى تسوغ إصدار رئيس الجمهورية للقرار بقانون المطعون عليه ، الأمر الذى يعتبر معه هذا الوجه من النعى على غير أساس " .

(القضية رقم١٣ لسنة١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)

٢٧ـ رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح:

تنص المادة ١٧٥ من الدستور على أن : "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون .

ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها " .

وتنص المادة ١٧٨ على أن : " تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار " .

ولما صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا نص فى المادة ٢٩ منه على أن :

" تـتولى المحكمـة الـرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى :

(أ) إذا تـراءى لإحـدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحـة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغـير رسـوم إلـى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحـة ورأت المحكمـة أو الهيـئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعـوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعـوى بذلك أمام المحاكم الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " .

فهذه المادة رسمت للتصدى لعدم الدستورية طريقين هما :

الطريق الأول :

أن يـتراءى لإحـدى المحـاكم أو الهيـئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغـير رسـوم إلـى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

ويتطلب هذا الطريق ما يأتى :

١- أن تكـــون هـــناك دعـــوى مرفوعة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى .

ويستوى أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهة القضاء العادى أو أمـــام جهـــة القضـــاء الإدارى أيا كانت درجة المحكمة التى تنظر الدعـــوى، فيســـتوى أن تكون المحكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة اســـتئناف أو محكمـــة الـــنقض . ولايقتصـــر الأمر على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم ، بل تشمل تلك المرفوعة أمام الهيئات ذات الاختصـــاص القضـــائى ، كاللجـــنة القضائية للاصلاح الزراعى، ولجان الفصل فى منازعات التعويض وفى الجرائم الخاصة بقانون الرى والصرف .

٢- أن يـــتراءى للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائى حـــال نظـــر الدعوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع .

فالأمـــر قاصر على نص فى قانون أو لائحة، ولكنه لايمتد إلى وجود نص غير دستورى فى قرار إدارى فردى ، أو لائحة صادرة من جهة غير إدارية .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

(أ)- " وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا فى مجال الرقابة على دستورية القوانين - وفقا لقانونها - يتحدد حصرا بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعى ، أى النصوص القانونية التى تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التى سنتها السلطة التشريعية أو تلك التى تضمنتها التشريعات الفرعية التى تصدرها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها ، وأن تنحسر - وبالتالى - عما سواها " .

(القضية رقم ١٤٣ لسنة ٢٥ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

(ب)- " وحيث إنه يبين من النصين المتقدمين أن قرار مجلس جامعة الأزهر الذى يقتصر على تحديد أعداد المقبولين بالكليات المختلفة بجامعة الأزهر (سواء صدر من مجلس الجامعة أو من رئيس الجامعة بالتفويض) لايعدو أن يكون قرارا تنفيذيا يصدر على هدى عناصر وأوضاع تختلف من كلية إلى أخرى، ومن عام إلى آخر، يتعلق بعضها بإمكانيات كل كلية والميزانية المعتمدة لها وظروف الدراسة بها ، ولايتضمن بالتالى أية شروط أو قواعد تنظيمية عامة تسبغ عليه وصف القرار اللائحى (التشريع الفرعى) الذى تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستوريته .

وحيــث إنه ترتيبا على ما سلف فإن قرار السيد الدكتور رئيس جامعــة الأزهــر محــل الطعــن المــاثل يخرج عن مجال رقابة الدستورية التى تستنهض ولاية هذه المحكمة للفصل فيها بما يتعين معه الحكم بعدم الاختصاص " .

(القضية رقم ٢٤٠ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

(ج) – " وحيــث إن الاختصـــاص المــنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا فى مجال الرقابة على دستورية القوانين– وفقــا لقانونهــا – يــتحدد حصراً بالرقابة على دستورية القوانين بمعــناها الموضــوعى ، أى النصــوص القانونية التى تتولد عنها مراكــز عامـــة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصــلية الــتى ســنتها الســلطة التشريعية أو تلك التى تضمنتها التشــريعات الفرعــية الــتى تصــدرها السلطة التنفيذية فى حدود صــلاحياتها الــتى ناطها الدستور بها وأن تنحسر – بالتالى– عما سواها .

وحيــث إن المــادة الأولـــى من قانون إصدار قانون شركات قطــاع الأعمــال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، تقضـــى بأنـــه يقصـــد بقطـــاع الأعمال العام ، الشركات القابضة والشــركات الــتابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل الشركات المساهمة ، ويسرى عليها – فيما لــم يــرد بشأنه نص خاص فى ذلك القانون ، وبما لايتعارض مع

أحكامـــه- نصـــوص قـــانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأســـهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لســـنة ١٩٨١ ، ولاتســـرى أحكام قانون هيئات القطاع العام وشـــركاته الصـــادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشـــار إليها ، وعملا بنص المادة الثانية من قانون الإصدار تحل الشـــركات القابضـــة محـــل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القـــانون رقـــم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات ، وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، ودون حاجة إلى أى إجراء آخـــر ، وبمقتضـــى نـــص المادة الأولى من قانون شركات قطاع الأعمال العام تعتبر الشركات القابضة من أشخاص القانون الخاص وتتخذ الشركة القابضة – وفقا للفقرة الثالثة من المادة (١٦) من هذا القانون – شكل الشركات المساهمة، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها بالسجل التجارى .

وحيث إنه من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن كـــل لائحة يتحدد تكييفها القانونى بمجال سريانها ، فكلما كان هذا المجـــال متصـــلا بنطاق القانون الخاص انحسرت الصفة الإدارية عـــنها، ولو كانت الجهة التى أصدرتها من أشخاص القانون العام ، فـــلا تعتـــبر تشـــريعاً بالمعـــنى الموضوعى مما تمتد إليه الرقابة القضائية التى تباشرها هذه المحكمة فى شأن الشرعية الدستورية.

وحيـــث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت الشركة العامة للأعمال الهندســـية تعتبر شركة مساهمة تتولى العمل فى نطاق أغراضها ، وعلـــى ضــــوء الوسائل التى تنتهجها فى إدارة شئونها وفقاً لقواعد القـــانون الخاص التى تحكم علاقتها بالعاملين فيها وبالغير ، وكان الـــنص الطعيـــن قد ورد بلائحة نظام العاملين بالشركة المذكورة ، فـــإن إصــــدارها بقــرار من وزيرقطاع الأعمال العام لايغير من طبيعـــتها ، ولايدخلهـــا فى دائرة التشريع الموضوعى الذى تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة الدستورية عليها ، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الماثلة " .

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونية سنة ٢٠٠٤)

(د) –" وحيث إن الدستور قد عهد – بنص المادة (١٧٥)– إلى المحكمـــة الدستورية العليا دون غيرها بتولى الرقابة القضائية على دســـتورية القوانيـــن واللوائح على الوجه المبين فى القانون، وبناء علـــى هـــذا الـــتفويض أصــــدر المشرع قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصـــاتها . محددا ما يدخل فى ولايتها حصراً ، مستبعداً من مهامهـــا ما لايندرج تحتها، فخولها اختصاصا منفرداً بالرقابة على دســـتورية القوانيـــن واللوائـــح ، مانعاً أى جهة من مزاحمتها فيه مفصـــلا طـــرائق هذه الرقابة وكيفيتها ، وذلك ضماناً منه لمركزية الـــرقابة علـــى المشروعية الدستورية ، وتأمينا لاتساق ضوابطها

وتناغم معاييرها ، وصولا من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور ، بما يكفل تكاملها وتجانسها ، مؤكدا أن اختصاص هذه المحكمة- في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على دستورية التشريع – ينحصر في النصوص التشريعية أيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها . فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية على دستورية التشريع، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية ، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها ، وأن تنقبض تلك الرقابة – بالتالي – عما سواها .

وحيث إن قانون صناديق التأمين الخاصة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٥، يقضي في المادة (١) منه بأنه يقصد بصندوق التأمين الخاص كل نظام في أي جمعية أو نقابة أو هيئة من أفراد تربطهم مهنة أو عمل واحد، أو أية صلة اجتماعية أخرى، تتألف بغير رأس المال، ويكون الغرض منها وفقا لنظامه الأساسي أن تؤدي إلى أعضائه أو المستفيدين منه تعويضات أو مزايا مالية ، أو مرتبات دورية أو معاشات محددة في حالات بعينها . وقد أخضع القانون تلك الصناديق لإشراف ورقابة المؤسسة المصرية العامة للتأمين-

الـــتى حلت محلها الهيئة المصرية العامة للتأمين ثم الهيئة المصرية للرقابة على التأمين – وأوجب تسجيلها بمجرد إنشائها وفقاً للقواعد أو الإجـــراءات التى رسمها ، وكذا اعتماد وتسجيل أى تعديل يطرأ على نظامها ، وترك أمر تصريف شئونها وإدارة أموالها لجمعيتها العمومـــية ومجلـــس إدارتها وفقا لنظامها الأساسى ، وإعمالا لذلك صـــدر قـــرار الهيئة المصرية للرقابة على التأمين رقم ٢١٥ لسنة ١٩٨٣ بتســـجيل صندوق التأمين الخاص بالعاملين بمصر للطيران مـــن غير أفراد أطقم القيادة (طيارون / مهندسون جويون وأفراد الضـــيافة الجويـــة) . لمـــا كان ذلك ، وكان النظام الأساسى لهذا الصـــندوق الـــذى يتضمن الفقرة (أ) من المادة (٣) المطعون فيها لايعـــدو أن يكـــون تنظيماً اتفاقيا خاصاً بين أعضائه بقصد تحقيق الـــرعاية لهـــم ولأسرهم صحياً واجتماعياً – دون أن يغير من ذلك صـــدور قـــرار مـــن الهيئة المصرية للرقابة على التأمين بتسجيل الصـــندوق المشار إليه ، بحسبان أن هذا الإجراء لايستهدف سوى إخضـــاع أعمـــال الصندوق لرقابة الهيئة المشار إليها بغير مساس بالطبـــيعة الخاصة له – ومن ثم فإن النظام الأساسى المذكور لايعد من التشريعات التى تختص هذه المحكمة بإعمال رقابتها الدستورية علـــيها ، الأمـــر الذى يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٥ قضائية "دستوية" جلسة ٦ يونية سنة ٢٠٠٤)

٣- يجــب أن يكون هذا النص لازما للفصل فى الدعوى، فإذا كــان يمكــن الفصل فى الدعوى دون تطبيق هذا النص فلا يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى .

وفـى هـذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ أبريل سنة ٢٠٠٤ فى القضية رقم ٢٧٨ لسنة ٢٤ قضائية "دستوريــة" بـأن :

" حيــث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصـــل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت الدعــوى رقــم ٣ لســنة ٢٠٠٢ ضد المدعى أمام محكمة القنطرة غرب الجزئية للأحوال الشخصية ، بطلب الحكم بفرض نفقة مؤقتة لها ولولدها منه ، وبفرض وتقرير نفقة زوجية لها بأنواعها الثلاثة وبــدل فرش وغطاء من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها منذ بداية شـــهر يناير سنة ٢٠٠١ وبفرض وتقرير نفقة بأنواعها الثلاثة وبدل وفــرش وغطــاء وأجر خادم لولدها منه من تاريخ امتناعه سالف الذكر. وقالت بيانا لدعواها أنها تزوجت من المدعى بصحيح العقد الشرعى المؤرخ ١٩٩٥/٥/١١، ورزقت منه بولدهما الذى يبلغ من العمر ست سنوات ، ومازالت فى عصمته وطاعته ، إلا أنه تركها مــنذ شــهر يــناير سنة ٢٠٠١ ، بلا نفقة دون مبرر شرعى رغم قدرتــه ويســاره . حكمــت المحكمة بجلسة ٢٠٠٢/٦/٢٩ بإلزام المدعــى بــأن يــؤدى لزوجــته مبلغ (٢٥٠) جنيهاً نفقة بأنواعها

المطلوبـــة ، وبفرض مبلغ (١٢٠) جنيهاً لابنها منه بأنواعها شهرياً اعتــباراً من ٢٠٠١/١/١ . استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقــم ٤٥٦ لسنة ٢٠٠٢ أمام محكمة الإسماعيلية الابتدائية للأحوال الشخصـــية ، كمـــا استأنفته المدعى عليها الخامسة بالاستئناف رقم ٥٠١ لسنة ٢٠٠٢ لدى ذات المحكمة ، وأثناء تداول الاستئناف دفع المدعـــى بعـــدم دســـتورية نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القـــانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجـــراءات التقاضـــى فى مسائل الأحوال الشخصية ، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام دعواه الماثلة .

وحيـــث إن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لســـنة ٢٠٠٠ المـــار ذكره تنص على أنه : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانيـــن الأحـــوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يـــرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة " .

وحيـــث إن المدعى ينعى على النص الطعين مخالفته للشريعة الإسلامية ، لما تضمنه من التقيد بمذهب معين دون بقية المذاهب ، الأمـــر الـــذى يؤدى إلى إغلاق باب الاجتهاد ، بالرغم من وجوبه على أهل كل زمان .

وحيــث إنـــه يبيـــن مما تقدم أن مقصد المدعى من دعواه هو الطعن على ما ورد بالنص المذكور من أنه : " ويعمل فيما لم يرد بشـــأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنـيفة " . لمـــا كـــان ذلك ، وكان من المقرر أن شرط المصلحة الشخصـــية المباشرة ، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الخصـــومة الدســـتورية من جوانبها العملية ، وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة ، ومن ثم فإن شرط المصلحة يحدد لـــتلك الخصومة نطاقها ، فلا تندرج تحته إلا النصوص التشريعية الـــتى يؤثـــر الحكم بصحتها أو بطلانها بصفة مباشرة على النزاع الموضوعى دون ما سواها .

وحيـــث إن الدعـــوى الموضـــوعية المـــرددة أمام المحكمة الاستئنافية تدور حول منازعة المدعى فى التزامه بأداء نفقة زوجته وابـــنه فيما يجاوز السنة الهجرية ، وفى تاريخ امتناعه عن الإنفاق علـــيهما، ثـــم مطالبته بتخفيض مقدار النفقة المحددة بقضاء محكمة الدرجـــة الأولـــى . مـــتى كان ما تقدم ، وكانت المادة الأولى من القـــانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعـــض أحكـــام قوانين الأحوال الشخصية تنص على أنه : " تجب الـــنفقة للـــزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت

نفسـها إليه ولو حكماً ..... وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع ... وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ... ولاتسمع النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى ... " وتنص المادة (١٦) مـن المرسـوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ علـى أنـه : " تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الـزوج وقـت استحقاقها يسراً وعسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية ..." كما تنص المادة (١٨ مكرراً ثانياً) من ذات المرسوم والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ آنف البيان على أنه : " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه . وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسـب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قـادراً علـى الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنـية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم " .

وحيث إنه يبين مما تقدم أن المشرع سن فى المواد المار ذكرها قواعد تفصيلية محددة على سبيل الحصر ، هى الواجبة التطبيق على ما يتعلق بنفقة الزوجة والأبناء فى كافة جوانبها ، وبما لايستلزم الرجوع إلى الأرجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة، وبذلك يكون النص الطعين منبت الصلة بالنزاع الموضوعى ، ومن ثم فإن قضاء هذه المحكمة فى شأن دستوريته لن يكون ذا أثر على ذلك النزاع ، وتكون الدعوى الدستورية قد أقيمت مفتقدة شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها".

٤- توقف المحكمة الدعوى فى هذه الحالة دون طلب من أحد الخصوم ، وعليها أن تحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

٥- يجب أن يتضمن الحكم الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة ، وإلا ترتب على مخالفة ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى.

٦- الحكم الصادر بوقف الدعوى قطعى يقبل الطعن فيه طبقا للقواعد العامة .

الطريق الثانى :

أن يدفـــع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة .

ويســـتوى أن يكون مبدى الدفع هو المدعى أو المدعى عليه أو الطاعن أو المطعون ضده ، أو أحد المتدخلين فى الدعوى .

وهذا الدفع يجوز قبوله فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

ويجب على المحكمة أن تقدر جدية هذا الدفع فإذا رأت أن الدفع جـــدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ولكـــن لايترتـــب على ذلك اعتبار النص القانونى- الذى أريد الطعـــن عليه بعدم الدستورية – دستوريا لزوما ، وإنما يجوز أثناء نظر الدعوى أن يبدى ذات الدفع من خصم آخر .

وإذا رأت المحكمـــة أو الهيـــئة ذات الاختصاص القضائى حال نظـــر الدعوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فـــى الدعوى ، وفى ذات الوقت دفع أحد الخصوم فى الدعوى هو الآخـــر بعـــدم الدســـتورية ، فإن المحكمة تكون بالخيار بين وقف

الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية وبين تأجيل نظرها مع تحديد ميعاد للخصم الذى أبدى دفعا بعدم الدستورية [١].

وقضت المحكمة الإدارية العليا فى ذلك بأن :

" المادة ٢٩ (أ)، (ب) من قانون المحكمة الدستوية العليا- للمحكمة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى أن نص قانون أو لائحة لازماً للفصل فيها " غير دستورى" وكان أحد الخصوم فى الدعوى قد دفع بعدم الدستورية - للمحكمة خيار بين أن توقف الدعوى وتحيل أوراقها إلى المحكمة الدستورية متى تراءى لها هى ذاتها عدم دستورية النص اللازم للفصل فى الدعوى أو أن تؤجل نظر الدعوى وتحدد ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لمن أبدى هذا الدفع لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا " .

(طعن رقم ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

٢٨- حق المحكمة الدستورية العليا فى جميع الحالات فى القضاء بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة :

تنص المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن :

---

(١) المستشار شفيق إمام تشريعات الضرورة فى غياب البرلمان دراسة مقارنة مايو ١٩٩٥ ص ١٩٢ .

" يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نـص فـى قـانون أو فـى لائحـة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصـاتها ويتصـل بالـنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية " .

فـيؤخذ من هذا النص أن من حق المحكمة الدستورية العليا أن تـتعرض من تلقاء نفسها للنظر فى دستورية أى نص فى قانون أو لائحـة دون حاجة إلى إحالة من محكمة الموضوع أو إقامة دعوى مـن ذوى الشأن بناء على قرار المحكمة ولكن يشترط لإعمال هذا الحق توافر الشروط الآتية :

١- أن يكـون نـص القـانون أو اللائحة قد عرض للمحكمة الدستورية العليا بمناسبة ممارسة اختصاصاتها .

وبـناء علـى ذلك ، فقد يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمـر الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى (وذلك إذا ما رفعـت الدعـوى عـن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداهما عنها م ٢٥ / ثانيا) . فإذا وجدت المحكمة الدستورية العليا بمناسـبة هـذا الاختصـاص أن الـنص القانونى أو اللائحى غير دستورى ، فعليها أن تتعرض له من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يطلب الخصوم منها ذلك .

وقــد يعرض على المحكمة الدستورية العليا الفصل فى نزاع يقــوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين (صادر أحدهما عن أى جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها (م٢٥/ ثانيا) ، فإذا تبين للمحكمة بمناسبة ممارسة هــذا الاختصاص عدم دستورية النص القانونى أو اللائحى فلها أن تقضى بذلك .

وقــد تقوم المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص قانونى (طبقا لاختصاصـــها الوارد بالمادة ٢٦ من القانون) ثم يتبين لها أن هذا الــنص غــير دستورى ، فعليها بدلا من إجراء التفسير أن تقضى بعــدم دســتوريته ، فليس من المعقول أو المقبول أن تتولى تفسير نص تبين لها أنه غير دستورى .

٢- أن يكــون نــص القانون أو اللائحة الذى عرض للمحكمة الدســتورية العليا يتصل بالنزاع المطروح عليها ، ومعنى ذلك أن هناك حداللرقابة القضائية للمحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فهــى لاتتصل بموضوع الدستورية إلا فى حالة الإحالة أو الدفع أو حالــة النص الذى عرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها وكان متصــلا بالــنزاع المطروح أمامها ، أى أن المحكمة لاتقوم بمهمة المراجعة الدستورية لكافة النصوص .

٣- أن المحكمــة لاتقضـــى فى موضوع دستورية النص الذى عــرض لهــا إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى

الدستورية وهى الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢ من قانون المحكمة .

٢٩ـ الدفع بعدم الدستورية لايتعلق بالنظام العام :

الدفــع بعــدم دســتورية القوانين واللوائح مما لا يتعلق بالنظام العــام، وينبــنى علــى ذلك أنه لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض بل يجب طرحه على محكمة الموضوع .

وهــذا لايمــنع من أن تتصدى محكمة النقض من تلقاء نفسها- كما ذكرنا سلفا – لعدم دستورية النص عملا بالفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــن المقــرر فــى قضــاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم دســتورية القوانيــن غير متعلق بالنظام العام ولايجوز للمحكمة أن تعــرض له من تلقاء نفسها ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يــثر هــذا الدفــع أمام محكمة الموضوع فإنه لايجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٦)

٢- " الدفع بعدم دستورية القوانين – وعلى ما جرى به قضاء هــذه المحكمــة – غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لاتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .... الخ " .

(طعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٩)

أثـر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص فى تشريع أو لائحة :

٣٠ـ أولاً : قـبل تعديـل المـادة ٤٩ مـن قـانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

تــنص المـادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قـانون المحكمة الدستورية العليا – قبل تعديلها بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ – على أن :

" أحكـام المحكمــة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة .

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم .

فــإذا كــان الحكــم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن.

ويقــوم رئـيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه " .

وقـد جـاء بالمذكـرة الإيضـاحية لهـذا القانون عن النص المذكور :

" وتــناول القــانون أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحــة فــنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم وهــو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء

على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكـون قـد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم .

أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكـام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاما باتة " .

وواضـح أن المـادة ٤٩ أعملت الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصـوص الجنائـية إلى حد إسقاطها حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية[١] .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " الأصـل فـى الأحكـام القضائية ، أنها كاشفة وليست منشـئة، إذ هى لا تستحدث جديدا ولاتنشئ مراكزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هى تكشف عن حكم الدستور أو القانون فى المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الـذى يلازمه منذ صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم

(١) الدكـتور عـبد الغنى بسيونى النظم السياسية والقانون الدستورى سنة ١٩٩٧ ص ٨٢٠ .

الدســتورية أثر رجعى كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفى حدوده المقررة شــكلا وموضوعا ، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره . وفضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجــاز فى قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء، إما من تلقاء نفســها أو بطــريق الدفــع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضــائية - عــند الشــك فى عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجــيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى المسألة المــثارة إنمــا كان يبغى بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضــوعية الــتى أثير فيها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضــرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعــى ، لأصبح لزاما على قاضى الموضوع- الذى أرجأ تطبيق القــانون حيــن ســاوره الشك فى عدم دستوريته - أن يطبق ذات القــانون بعد القضاء بعدم دستوريته ما يأباه المنطق القانونى السليم ويتــنافى مــع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولايحقق لمــبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى- وهو

مـن الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة (٦٨) منه للناس كافة – بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلـى ذلك فإن النص فى المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا علـى عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية. أما فى المسائل الأخرى- غير الجنائية – فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاقه الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا

فـــى تعليقها على نص المادة (٤٩) منه ، حيث جاء بها أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، وهو نص ورد فى بعــض القوانيـــن المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عـــدم تطبـــيق الـــنص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مـــدة تقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فـــإن جمـــيع الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة " .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩١/٥/١٩)

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا – أخيرا– على أن الأحكـــام الصادر من المحكمة الدستورية العليا تسرى بأثر رجعى علـــى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى ، الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات .

(القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٢/١١/١٤)

وهـــذا مـــا يخالف ما ذهب إليه الحكم السابق وأحكام أخرى كثـــيرة من أن الاستثناء من الأثر الرجعى يشمل الحقوق والمراكز

الـتى تكـون قد استقرت عند صدوره بحكم بات ، أو بانقضاء مدة تقادم .

ولعـل قصـر الاستثناء على الحكم البات فقط يعزى إلى أن الـتقادم لـيس مـن النظام العام ، فإذا تم التمسك به فإنه يجب أن يصدر به حكم بات أيضا .

٣١ـ ثانـيا: بعـد تعديـل المـادة ٤٩ مـن قـانون المحكمـة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

صدر القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمـة الدستورية العليا (الجريدة الرسمية العدد ٤٨ مكرر(ب) فـى ١٢ يولية سنة ١٩٩٨) وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٢) . ونصت مادته الأولى على أن يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص التالى :

" ويترتـب علـى الحكـم بعدم دستورية نص فى قانون أو فى لائحـة عـدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكـم لذلـك تاريخـا آخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضـريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون إخـلال باسـتفادة المدعـى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

وواضـــع من هذا التعديل أنه أبقى على صدر الفقرة الثالثة من المادة الذى تجرى على أن :

" ويترتـــب علي الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم " ، وهو النص الذى جـــرى قضـــاء المحكمة الدستورية العليا فى ظله على وجود الأثر الـــرجعى للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، ومن ثم يظل الأصل بعـــد الـــتعديل أيضا أن يكون لهذه الأحكام أثر رجعى ، وإنما يرد على هذا الأصل استثناءان هما :

الأول : أنه يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لسريان الحكم، أى تقـــرر أثـــرا غـــير رجعى لحكمها. والثانى : أنه يكون للحكم الصـــادر بعـــدم دســـتورية نص ضريبى أثرا مباشرا دون إخلال باســـتفادة المدعـــى مـــن الحكم الصادر بعدم دستورية النص بأثر رجعى[1] .

وهذا التعديل يسرى على الأحكام الصادرة بعد العمل به .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون - بيان السيد المستشار وزير العدل بمجلس الشـــعب حـــال عـــرض القرار بقانون على المجلس - مضبطة الجلسة الثامـــنة (٥ ديسمبر ١٩٩٨ ص ١٣ ومابعدها - نقض طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٦) .

وتطبيقا للتعديل سالف الذكر قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٢ فى الطعن رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " بأن :

" حيث إن مقتضى حكم المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، هو عدم تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالى لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك ، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضى ، أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخاً آخر لسريانه ، لما كان ذلك وكان إعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وعلى ما انتهت إليه المحكمة فى هذه الأسباب، مؤداه إحداث خلخلة اجتماعية واقتصادية مفاجئة ، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحدات سكنية تساندوا فى إقامتهم بها إلىحكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته ، وهى خلخلة تنال من الأسرة فى أهم مقومات وجودها المادى ، وهو المأوى الذى يجمعها وتستظل به ، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع وفقا لما نصت عليه المادة السابعة من الدستور ، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من

قانونهـا، وتحـدد لسـريان هذا الحكم تاريخا آخر هو اليوم التالى لنشـره ، بمـا مؤداه أن جميع العقود التى أبرمت قبل هذا إعمالا لحكـم الفقـرة الثالـثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وتـنزل مزلـتها الوقائع التى ترتب عليها قيام التزم على المؤجـر بتحرير عقود إيجار ، فتعد قائمة حكماً – حيث كان يجب تحريـرها – وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها " .

٣٢ـ الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا :

الأصـل فى حجية الأحكام بوجه عام ، أن الحكم لايحوز حجية الأمـر المقضـى إلا إذا اتحـد الموضـوع والخصوم والسبب فى الدعـوى الـتى سـبق الفصل فيها والدعوى المطروحة ، وهو ما يعرف بالحجية النسبية للأحكام والتى لاتقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى :

١- وحدة الخصوم .

٢- وحدة الموضوع. وحدة السبب (م١٠١من قانون الإثبات).

إلا أن القانون يعرف نوعا آخر من الحجية للأحكام هى الحجية المطلقـة أو الحجـية العينية وهى التى يكتسبها الحكم الصادر من القضـاء الإدارى بإلغاء القرارات الإدارية ، والأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة .

وبالنسبة للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية فقد نص الدستور في المادة ١٧٨ منه على أن ينشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية . ثم ترك الدستور تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار وقد نصت على هذه الآثار الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها : " أحكام المحاكم في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة " .

والأساس الذي تقوم عليه الحجية المطلقة للأحكام الدستورية، أن الخصومة في الدعوى الدستورية هي خصومة عينية توجه إلى النص المطعون بعدم دستوريته ، فالدعوى الدستورية هي مخاصمة للقانون ذاته ، فإذا اقتصر الاحتجاج بالحكم القاضي بعدم دستورية النص على من كان طرفا في الخصومة ، وفقا لقاعدة الحجية النسبية للأحكام ، وظل النص غير الدستوري قائما بالنسبة إلى غيرهم فإن ذلك سوف ينطوي على إهدار لمبدأ دستوري هو المساواة أمام القانون [١].

(١) المستشار شفيق أمام ص ٢٤٢ .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " .... وكــان مقتضـــى أحكام المادتين ٤٨، ٤٩ من قانون المحكمـــة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولا فصلا فى المسألة المقضى فيها ، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد ، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تغدو غير مقبولة " .

(القضية رقم ٤٦ لسنة ٢٣ قضائية " دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٢- " وحيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المـــثارة فى هذه الدعوى بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضـــية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية " دستورية" والقاضى برفض تلك الدعـــوى ، وقد نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد رقم (٢٢ تـــابع) بتاريخ ١٩٩٣/٦/٥ ، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لســـنة ١٩٧٩ ، أن يكـــون لقضـــاء هـــذه المحكمـــة فى الدعاوى الدســـتورية حجـــية مطلقة فىمواجهة الكافة ، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولا فصلا فى المسألة المقضى فيها،

وهـــى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته ، فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة ".

(القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٣٣- أثر تدرج التشريع :

يترتـــب على قاعدة تدرج التشريع المفاضلة بين أنواع التشريع المخـــتلفة عـــند تطبـــيقه علـــى واقعة النزاع وتكون هذه المفاضلة كالآتى:

١- الدستور :

الدســتور هـــو القانون الأعلى صاحب الصدارة على غيره من التشريعات ، فإن وجد فى الدستور نص فى حالة معينة تعين تطبيق هذا النص ، ولو كان بالقانون أو اللائحة نص مخالف وقد رأينا أن كافة التشريعات الأخرى وهى القوانين واللوائح يجب ألا تتضمن ما يـــنطوى علـــى مخالفـــة لأحكـــام الدستور ، وإلا جاز الطعن بعدم دستورية النص الوارد بالقانون أو اللائحة على نحو ما سلف .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الدستور هو القانون الوضعى الرسمى صاحب الصدارة وعلى مـــا دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلـــك وجـــب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، والتشريع لايلغـــى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه

ضمنا وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سبق تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد فسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه " .

(طعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٣)

وقد نصت المادة ١٩١ من الدستور القائم على أن : " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور " .

وأحكام الدستور تسرى على الوقائع اللاحقة للعمل به ، ولاشأن لها بالوقائع السابقة الذى تظل محكومة بالقوانين واللوائح السابقة ما لم يتضمن الدستور النص على الأثر الرجعى .

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن : " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور " فحكمه لاينصرف بداهة إلا

إلــى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته، بغير حاجة إلى تدخل من المشرع " .

(طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥)

٢- القانون :

القانون يلى الدستور فى المرتبة مباشرة .

وعلــى ذلــك إذا خلا الدستور من نص فى مسألة معينة ، فإنه يطبق حكم القانون .

وقــد رأيــنا ســلفا أنه إذا تضمن القانون نصا يخالف مادة فى الدســتور ، كــان القــانون غــير دستورى . ويجوز الطعن بعدم دستوريته بإحدى الطريقين اللذين عرضنا لهما فيما سلف .

٣- اللائحة :

اللائحــة هى أدنى مراتب التشريع وتلى القانون مباشرة . وقد ذكــرنا ســلفا أنــه لايجوز أن تتضمن اللائحة ما يخالف نصا فى القــانون، وإلا كانــت اللائحة غير شرعية . ويتعين على المحاكم بكافة درجاتها الامتناع عن تطبيق النص المخالف .

أمــا إذا خالفــت اللائحة نصا فى الدستور فإن سبيل إهدار هذا الــنص يكون بالطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا .

٣٤ـ القواعد القانونية الآمرة والقواعد المقررة :

تنقســم القواعد القانونية – أيا كان مصدرها سواء كان التشريع أو العــرف أو غيرهما – من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد آمرة وقواعد مقررة .

والقواعــد الآمــرة يقصد بها تلك القواعد التى لايجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها . وإذن فوصفها بأنها آمرة لايفيد أنها تأمــر أو تــنهى، فكل القواعد القانونية تأمر أو تنهى ولاتنصح أو تستحسن ، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تحاشيه أو الفكاك منه .

والقواعــد الآمرة تثبت لها تلك القوة التى لاتسمح بالاتفاق على مــا يخالفها ، لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا فى تنظيم نشاط معين علــى وجه خاص . فهى تعد قيدا مفروضا على إرادة الأفراد وحدا لازمــا لحريتهم فى مسائل معينة وتنظم فى مجموعها دائرة النشاط الذى يخضع فيه الأفراد لسلطان القانون .

على أن عدم الاعتداد بإرادة الأفراد إنما ينحصر فى حالة ما إذا اتجهــت إلى استبعاد الحكم المقرر فى القاعدة . ومن ثم يحدث أن يكــون لإرادتهــم الشــأن الأول فى وضع أنفسهم فى نطاق فرض القــاعدة ، بحيــث إذا لم يريدوا ذلك لما تحقق الفرض وبالتالى لما تحقــق الحكم . ومن هنا يمكن القول بأن الفرض فى القاعدة الآمرة

قـــد يكون أمرا إراديا ، وقد يقوم بصرف النظر عن أية إرادة . أما الحكم فيصرف فيه النظر عن الإرادة دائما .

فمـــثلا هناك قواعد آمرة تنظم آثار الزواج كأن لايجمع الزوج المسلم بين أكثر من أربع زوجات . وهذا التنظيم يطلق عليه النظام القـــانونى للزواج وقواعده شأنها شأن أية قاعدة أخرى، تتكون من فرض وحكم .

أما الفرض فهو وصف الزوج أو الزوجة .

وأمـــا الحكم فهو ما يترتب على هذا الوصف من آثار ، ومنها إنفاق الزوج على زوجته .

وفـــى هـــذا الـــنطاق يكون الأفراد أحرارا فى أن يتصفوا بهذا الوصف أولا يتصفوا أحرارا فى أن يتزوجوا أو لا يتزوجوا ، فإذا لم يتزوجوا لايطبق الحكم لعدم استناده على فرض . أما إذا تزوجوا فـــإن ســـلطان إرادتهـــم يقف عند هذا الحد ، وتترتب الأحكام كما يضـــعها القـــانون وليس كما يتفقون عليها ، ولو اتفقوا كان اتفاقهم بـــاطلا . فـــإذا اتفـــق الزوجان على أن تزوّج الزوجة برجل آخر بالرغم من ارتباطها بالزواج الأول أو على أن يكون للزوجة عشيق كان الاتفاق باطلا .

وكذلـــك الشـــأن بالنسبة للقاعدة التى تَحرِم القتل . فالقتل العمد يكون معقودا بإرادة الشخص ، إن شأن امتنع فلا يترتب الحكم وهو

العقوبة ، وإن شاء قتل فتطبق عليه العقوبة المقررة ومتى قتل طبق الحكم .

أمـــا القاعدة التى تقرر أن كل من يبلغ سنا معينا يؤدى الخدمة العسكرية ، فالفرض فيها غير إرادى وحكمها لايمكن الاتفاق على ما يخالفه . فالشخص الذى يبلغ هذه السن فهو يبلغه دون أى سعى إرادى من جانبه ، فهو قانون من قوانين الطبيعة ، ومتى بلغها أدى شخصيا الخدمة ولا يمكن أن يتفق على أن ينوب عنه شخص آخر.

أمـــا القواعـــد المقررة ، فهى القواعد غير الآمرة على النحو المـــتقدم ، أو تلك التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها . فلا تمـــثل إرادة المجتمع العليا ، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة ، لأنهـــا تـــتعلق بالنشـــاط الحر للأفراد . وحكمة وجودها أنها تسهل الحياة القانونية للأفراد عن طريق وضع أيسر الحلول .

إذ دلـــت الوقائع فى العمل على أن الأفراد لايتناولون بالتنظيم كـــل دقائق علاقاتهم وتفاصيلها ، وإنما يقتصرون على تنظيم المهم منها ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة ، منها عدم الخبرة التى تمكنهم مـــن حصـــر كافـــة التفصيلات وتنظيمها ، ومنها ضيق الوقت أو قصـــور المجهـــود عن هذا الحصر ، ومنها أخيرا عدم إدراك أن جزئـــية معيـــنة تؤدى فيما بعد إلى الخلاف ، فلا يقطعونه بالاتفاق

سـلفا . ولما كانت مهمة القانون تنظيم الحياة فى الجماعة وجب أن يهـتم بمـا دلـت الوقائع على إهمال الأفراد له وأن يضع التنظيم المناسب حتى إذا ثارت منازعة بمناسبة جزئية من الجزئيات طبق هذا التنظيم .

وهذا الذى درج عليه القانون إنما يقوم على افتراض أن الأفراد لم يضعوا تنظيما معينا . أما إذا وضعه الأفراد ، فإن كان تنظيمهم يـتفق مـع تنظـيم القانون كان بها ، وإن كان يخرج عنها فضل تنظيمهم وكانت له أولوية التطبيق .

ومـثل ذلك أن يتفق البائع والمشترى على المبيع والثمن ، دون أن يحددا ميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع ولا المكان الذى كان يجب أن يـتم فيه ذلك ، فتسرى عليها نصوص التقنين المدنى التى تجعل وفـاء الثمـن وتسليم المبيع مستحقين فور العقد وتقضى بأن يكون وفاء الثمن فى مكان تسليم المبيع (المادة ٤٥٦ مدنى) [١].

ويطلق البعض على القواعد المقررة القواعد المفسرة أو القواعد المكملة .

---

(١) سـليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ص ٩١ وما بعدها – الدكتور أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ١٩٧٤ ص ٩٣ ومابعدها .

٣٥ـ معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة :

استقر الفقه على أنه يمكن إجراء التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة بالاستناد على أحد معيارين أو عليهما معا ، المعيار الأول شكلي ولفظي والمعيار الثانى معيار معنوى .

ونعرض للمعيارين تفصيلا فيما يلى :

أولا : الميعار الشكلى :

هو ميعار يستند إلى عبارة النص القانونى ذاته ، ويمكن التعويل على هذا المعيار باتباع إحدى طرق ثلاثة :

الأولى : أن تتضمن كل قاعدة قانونية نصا صريحا على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه .

والثانية : أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية آمرة ، مالم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها فتكون مقررة .

والثالثة : أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية مقررة ، ما لم تتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها .

وقد اشتمل القانون المصرى على قواعد كثيرة تضمنت نصوصاصريحة فى بطلان الاتفاق على ما يخالفها أوفى جواز مثل هذا الاتفاق . فالأمر بالنسبة إلى هذه القواعد ظاهر ولايحتاج إلى عناء، إذ هى فى الحالة الأولى قواعد آمرة وفى الثانية مقررة[١].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٦ وما بعدها .

ومن أمثلة القواعد الآمرة طبقا لهذا المعيار ما يلتى :

١- ما تقضى به المادة (٤٨) مدنى من أنه :

" لـيس لأحـد الـنزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها " فتتضـمن هذه القاعدة حكما آمرا هو عدم جواز النزول عن الأهلية أو التعديل فى أحكامها وبطلان كل اتفاق مخالف .

٢- مـا تـنص عليه المادة ٢٢٧ مدنى من تحريم الاتفاق على فوائـد تزيد على ٧% سنويا ، وبأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب خفضها إلى ٧% ورد ما دفع زائدا على هذا القدر.

٣- مـا تـنص علـيه المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أن : "الـتعامل فـى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه". وكذلـك مـا تنص عليه المادة ١٠٣٣ فقرة ثانية مدنى من أنه يقع بـاطلا رهن المال المستقبل وما تنص عليه المادة ٤٩٢ من أن تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة .

٤- مـا تـنص عليه المادة ٤٦٥ مدنى من تحريم بيع الوفاء ، واعتـبار الاتفاق على احتفاظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة باطلا .

ومن أمثلة القواعد المقررة طبقا لهذا الميعار ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٢٢٦ مدنى عن إلزام المدين بأن يدفع للدائـن فوائـد تأخـير قدرها ٤% فى المسائل المدنية أو ٥% فى

المسـائل الـتجارية ، وعلى سريان هذه الفوائد من وقت المطالبة القضـائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها .

٢- مـا تقضى به المادة ٣٤٨ مدنى من أن تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٣- مـا تقضـى به المادة ٤٦٢ مدنى من أن نفقات عقد البيع ورسـوم الدمغـة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٤- مـا تقضـى بـه المادة ٥٨٢ مدنى من أن يلتزم المؤجر بإجـراء الترمـيمات التأجيرية التى يقضى بها العرف ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

غـير أن القـانون المصـرى لم يلتزم هذه الخطة فى الأغلبية الكـبرى مـن القواعـد القانونية ، ولا هو اتبع فيها أى خطة من الخطـط الـتى تعـتمد على الميعار اللفظى ، وإنما لجأ إلى معيار معنوى .

ثانيا : المعيار المعنوى :

قـد لايفصح المشرع فى صياغته اللفظية للقاعدة القانونية عن نوعـية هـذه القـاعدة وما إذا كانت آمرة أو مكملة ، عندئذ تبدو الصعوبة فى التعرف على هذه النوعية .

وقد استقر الفقه والقضاء على اللجوء إلى معيار معنوى أو موضوعى للتعرف على نوعية القاعدة القانونية ، هذا المعيار هو مدى اتصال القاعدة القانونية بفكرة النظام العام والآداب ، فتعتبر القاعدة القانونية قاعدة آمرة إذا تعلقت بالنظام العام أو الآداب ، وعلى العكس تعد القاعدة القانونية مكملة إذا لم تتعلق بالنظام العام أو الآداب . فاتصال أو تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام أو الآداب يجعل من المستحيل اتفاق الأفراد على عكس تلك القاعدة. أما القواعد الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام أو الآداب فلا زال لسلطان الأفراد مجاله فى هذا الشأن حيث يمكن الاتفاق على عكس حكمها .

ويلاحظ أن المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولايعمل به " . فالمشرع الفرنسى قد أخذ إذن بمعيار النظام العام والآداب . وقد تابعه فى ذلك المشرع المصرى فى ظل التقنينات القديمة ، حيث نقل – عن المشرع الفرنسى– هذا فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (المادة ٢٨ من اللائحة) الصادرة فى عام ١٨٨٢ ، والتى حل محلها قانون نظام القضاء الصادر فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٩، ثم جاء المشرع فى القانون المدنى الجديد (الحالى) وقضى فى المادة (١٣٥) بأنه : " إذا كان

محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " . كما قضى فى المادة (١٣٦) بأنه : " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب ، كان العقد باطلا " .

ومعنى ذلك أنه يجب الرجوع دائما إلى فكرة النظام العام والآداب للتعرف على نوعية القاعدة القانونية من حيث كونها آمرة أو مكملة فى حالة عدم إفصاح المشرع عن تحديد هذه النوعية (١).

٣٦ـ المقصود بالنظام العام :

النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية، أى مجموعة القواعد التى تهم المجتمع أكثر ما تهم الأفراد . فتحريم التعامل مع دولة معادية يتصل بالنظام السياسى للدولة ، وتحريم زراعة التبغ فى مصر يتصل بالنظام الاقتصادى للدولة وتحديد الحد الأدنى للأجور يتصل بالنظام الاجتماعى للدولة. وفكرة النظام العام تتميز بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن فى الدولة .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٢١٦ وما بعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بهـا إلـى تحقـيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جمـيع الأفـراد مـراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولايجوز لهم أن يناهضـوها باتفاقـات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لاتقوم أمام المصلحة العامة".

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

ومـن طلـيعة القواعـد المتعلقة بالنظام العام ، قواعد قانون العقوبـات الـتى ترسى دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفـاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلـوم ، أو علـى تحمل شخص المسئولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلـك تعتـبر مـن القواعـد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة ، كالحـرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب والترشـيح. فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والـتعهد بعـدم الكـتابة فـى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلـك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعـد المـتعلقة بالاختصـاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلـى (م١٠٩ مرافعات) ولذلك لايجوز الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة أمام محاكم جهة قضائية أخرى ، كالاتفـاق علـى رفـع دعوى من اختصاص القضاء الإدارى أمام محـاكم القضاء العادى . ولايجوز كذلك – حتى داخل نفس الجهة القضـائية – الاتفـاق علـى رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا فى اختصـاص محكمـة معينة أمام محكمة أخرى، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام لأن الأسـرة هى الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التى تحكمها فى مقدمة الأسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر .

فـيقع بـاطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التى يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام . ولايجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه فى طلاق زوجته[١] .

---

(١) الدكتور حسن كيره المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٤٨ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاولة مهنة الصيدلة مؤداه أن المشرع قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين وحظر ذلك على من عداهم وذلك تنظيما لتداول الأدوية وتحقيقا للإشراف الفنى لصيدلى متخصص على هذا التداول لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضى، كما حظر النص أن يكون الصيدلى المالك موظفا حكوميا أو مالكا لأكثر من صيدليتين ، وذلك حتى يكون إشرافه الفنى حقيقيا تحقيقا للمصلحة العامة التى استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة على صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، وقد أكد المشرع هذا المعنى بالنص على عقوبة جنائية على مخالفة أحكامه".

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

٣٧- مرونة فكرة النظام العام :

تتميز فكرة النظام العام بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن فى الدولة الواحدة .

فمثلا ما يعتبر مخالفا للنظام العام فى مصر قد لايعتبر كذلك فى فرنسا فتعدد الزوجات فى مصر لايعتبر مخالفا للنظام العام أما فى فرنسا فإن ذلك يعد مخالفا للنظام العام ، وكان التأمين على الحياة أمرا مخالفا للنظام العام فى القرن الماضى فى مصر على أساس أنه يتضمن مضاربة على حياة الأشخاص أما الآن فهو أمر مرغوب فيه وتشجع الدولة القيام به . وكذلك لايعقل أن تتحدد فكرة النظام العام فى ظل المذهب الفردى بنفس ما تتحدد به فى ظل المذهب الاشتراكى .

٣٨ـ الآداب :

يقصـــد بالآداب الأصول الأسياسية للأخلاق فى المجتمع ، أى مجمـــوع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال .

فليس يقصد إذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق – وإلا اخـــتلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما فى الغايـــة والهـــدف. وإنما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخـــلاق الـــذى تعتـــبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على المجتمع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه .

وهـــذا الحـــد الأدنى قد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعه وفقا لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية .

ولما كانت الآداب تتصل بأسس المجتمع الأخلاقية ، فإن قواعد الآداب تعد قواعد آمرة لايجوز الخروج عليها .

وفكـــرة الآداب طالمـــا أنها تتعلق بالأخلاق فى بلد معين وفى وقـــت معيـــن، فإنها تكون فكرة نسبية مكانيا وزمانيا ، فما يعد من قبـــيل الآداب العامة فى بلد معين قد لا يعد كذلك فى بلد آخر ، وما يعـــد من الآداب العامة فى وقت معين قد لايعد كذلك فى وقت آخر فى ذات البلد .

ومثل ذلك الاتفاق بدفع مبلغ معين إلى امرأة فى مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة معها ، والاتفاق على استغلال دار للدعارة .

٣٩ـ مدى تعلق القواعد القانونية الآمرة بالنظام العام أو بالآداب :

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد آمرة ، ولكن العكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد آمرة ينص المشرع على صفتها الآمرة ولكنها لاتكون لذلك متعلقة بالنظام العام . ولهذا لايترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها – كما سنرى ، ومن قبيل ذلك بعض القواعد التى يقصد بها حماية القاصر . فإنه إذا كان مبدأ حماية القاصر آمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالنزول عما يقرره القانون له من حماية ، إلا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لايتعلق بالنظام العام . ولذلك فإن القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته وهو بذلك لايقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات ، وإنما يكتفى بالبطلان النسبى ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التى تحرم انفراد القاصر بإجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة [١].

---

(١) حسن كيره ص٥٣ هامش (٢) – محمد على عرفه ص١٢٦ ومابعدها .

٤٠- جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب :

القواعــد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد آمرة، تعتــبر قــيدا علــى سلطان الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد بحيث يترتب على كــل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذى يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا .

وهــذا ما يستنتج من عبارة المادة ١٣٥ مدنى التى تجرى على أن : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " ، ومن عبارة المادة ١٣٦ مدنى التى تجرى على أنه : "إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا " .

ولذلــك لايــزول مثل هذا البطلان بالإجازة ، ويكون لكل ذى مصــلحة أن يتمسك به ، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك [١].

---

(١) غــير أن القضاء فى فرنسا يجرى – اتباعا لقواعدة تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ القدم – على منع من أو فى بالتزام مخالف للآداب مــن استرداد ما أداه إذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طــرف ملوث لايجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى. وقــد انحاز القضاء المصرى فى مجموعه إلى هذا الاتجاه فى ظل التقنيــن المدنى القديم . ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل

هجوم وانتقاد جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصـــر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم إرجاع كل شئ إلى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء الفرنسى فيما كان مستقرا عليه مـــن الـــتزام القـــاعدة الرومانية ، إذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهـــيدى للتقنيـــن المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حـــذف هذا النص على أساس أنه " لايتمشى مع منطق البطلان" فظهر التقنيـــن الحـــالى خالـــيا منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القـــاعدة الرومانـــية وترك منطق البطلان يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب .

وبذلك فإنه فى تقنيننا المدنى الجديد لايوجد ثمة فارق بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعـــد المتعلقة بالآداب . فالجزاء واحد فى الحالين وهو البطلان، بما يســـتتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل (حسن كيره ص ٥٤ وما بعدها) .

تفسير التشريع

٤١ – المقصود بالتفسير :

يقصـــد بالتفســـير تحديـــد معنى النص وتحرى نطاقه وشروط تطبـــيقه وحقيقة المراد به . وذلك بالكشف عن حدود الفرض الذى تناوله النص والكشف عن مضمون الحكم المقرر لهذا الفرض فى لفظ النص وفحواه .

وتعـــرض الحاجة إلى التفسير بمناسبة تطبيق أى قاعدة قانونية أيا كان مصدرها . وإن كان المجال الغالب له هو التشريع .

٤٢ ـ أنواع التفسير :

للتفسير أنواع ثلاثة حسب أنواع مصدره هى: التفسير التشريعى والتفسير الفقهى والتفسير القضائى.

ونعرض لهذه الأنواع تباعا فيما يلى :

أولاً : التفسر التشريعى :

٤٣ ـ المقصود بالتفسير التشريعى :

وإن كـــان الغالـــب أن يـــتولى القضاء مهمة التفسير بمناسبة تطبـــيقه للقـــانون علـــى ما يعرض عليه من أنزعة ، فإن السلطة التشـــريعية قـــد تعمـــد إلـــى إصدار تشريع تفسيرى يحـــدد حقيقة المقصود منه .

ولايؤثـــر فى حق المشرع فى إصدار تشريع تفسيرى استطالة الزمـــن بين القانونين ، ولا استقرار أحكام القضاء فيما فصلت فيه مـــن قضـــايا علـــى وجهة نظر واحدة غير متعارضة ، إذ أن قيام التعارض بين الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيرى بل يكفى فى هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبن قصده الحقيقى من التشريع المفسر[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " أصـــدر المشـــرع القانون رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ونص بالمـــادة الأولى منه على أن تستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ مـــن اللائحـــة الجمركـــية النص الآتى : " ومع ذلك فالزيادة التى لاتـــتجاوز ١٠% والـــنقص الـــذى لايـــتجاوز ٥% من البضائع المشـــحونة صـــبا لايســـتوجبان تقرير الغرامة ولاتستحق الرسوم الجمركية على ما نقص من البضائع فى حدود النسبة المشار إليها" - وهـــذا القـــانون - وفقـــا لما تراه محكمة النقض - قانون تفسير كشـــف بـــه المشـــرع عن حقيقة المراد بالنص الوارد فى القانون المفســـر فأوضح أن الإعفاء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ مـــن اللائحة الجمركية مقصور على البضائع المشحونة صبا دون تلك التى تشحن فى طرود . وقد أصدره المشرع بمقتضى ماله من

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٧ .

الحــق الدستورى فى إصدار تشريع تفسيرى- هذا الحق لاتؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين - **ولااستقرار أحكام القضاء الابتدائى والاســتئنافى فــيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحــدة غــير متعارضة** - ذلك أن قيام التعارض فى الأحكام ليس بشــرط يلــزم توفــره قــبل أن يعمد المشرع إلى إصدار التشريع التفســيرى - بــل يكفــى فى هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحــاكم لــم تستبن قصده الحقيقى من التشريع المفسر- ولما كان الحكــم المطعون فيه قد أطلق حكم الإعفاء على البضائع المشحونة فى طرود مخالفا بذلك ما استهدفه الشارع بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/٥/٧)

٢- " المقــرر أن مــن حق المشرع أن يصدر قانونا تفسيريا يكشــف به عن حقيقة المراد بقانون سابق وأن هذا الحق لايؤثر فيه اســتطالة الزمن بين القانونين ، وأن القانون التفسيرى يعتبر كاشفا عــن حقــيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذى فسره لا منشئا لحكم جديد . لما كان ذلك فإن العاملين فى الزراعة المســتثنين مــن أحكــام القــانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون التأميــنات الاجتماعــية - هم فقط العاملون الذين يقومون بأعمال الفلاحة البحتة - بما مؤداه أن غير هؤلاء من العاملين فى الزراعة

بصـــفة غير مباشرة كمن يؤدون – الأعمال الزراعية – شأن ناظر الـــزراعة أو أعمـــال الحراسة والمشتغلين على الآلات الميكانيكية فإنهم يخضعون لأحكام جميع أنواع التأمينات الاجتماعية التى ينظمها القـــانون ســـالف الذكر. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أطلـــق عبارة عمال الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ علـــى كـــل مـــن يعمل فى الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة سواء منهم القائمين بأعمال الزراعة البحتة أو الذين يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة وسوى فى الحكم بينهم فى عدم خضـــوعهم جميعا لكافة أنواع التأمينات الاجتماعية عدا المشتغلين منهم على آلات ميكانيكية الذين يخضعون لتأمين إصابة العمل فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

والأصل أن التفسير التشريعى يصدر من السلطة أو الهيئة التى وضـــعت التشـــريع الـــذى يحتاج إلى التفسير . فالسلطة التشريعية تخـــتص بتفسير التشريعات الرئيسية ، والسلطات الإدارية المختلفة تختص كل منها بتفسير ما وضعته من لوائح. غير أنه يحدث أحيانا أن تفـــوض الســـلطة التشـــريعية جهـــة إدارية فى تفسير التشريع الرئيسى .

٤٤ـ التفويض فى التفسير التشريعى :

ذكـرنا سـلفا أن التفسير التشريعى كما يصدر من السلطة أو الهيئة التى وضعت التشريع الذى يحتاج إلى تفسير ، فإنه يجوز لها أيضا أن تفوض جهة أخرى فى إصدار تفسير تشريعى ، ولو كانت أدنى منها ، وحتى لو كانت جهة إدارية .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- مـا تـنص عليه المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى من أن : " تتولى تفسير أحكام هذا القـانون لجـنة تشكل برئاسة وزير الزراعة والإصلاح الزراعى وعضـوية رئيس مجلس الدولة ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصـلاح الـزراعى ، وتكـون قراراتها فى هذا الشأن تفسيرات ملزمة وتنشر فى الجريدة الرسمية " .

٢- مـا تـنص عليه المادة ٦ مكررا (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأماكن المضافة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ من أن : " تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإسكان والمرافق وعضـوية كـل مـن وكـيل وزارة الإسكان والمرافق المختص ومستشـار الدولة لوزارة الإسكان والمرافق يكون لها تفسير أحكام هـذا القانون وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الــنص فـــى المادة السادسة مكرر (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المضافة بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ على تشكيل لجنة عليا فوضها المشرع فى إصدار تفسيرات ملزمة لأحكامه جعل لها قوة القانون ونص على نشرها فى الجريدة الرسمية أسوة به ، مفاده وجـــوب أن تقتصر هذه التفسيرات التى تصدرها اللجنة على نطاق هــذا القانون وحده ولاتتعداه إلى سواه ، إذ كان ذلك وكانت المادة الثانـــية مـــن القـــانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ واجهت بين نوعين من الحـــالات السابقة على صدوره هى الحالات التى سميت فيها أجرة تعاقدية ولم يصدر بشأنها من اللجان تقدير للأجرة حتى صدور ذلك القـــانون ، وكذلـــك الحالات التى سميت فيها أجرة تعاقدية وقدرت اللجان أجرتها تقديرا نهائيا ، وبينت الحكم الذى يطبق فى شأن كل منهما، ولم تتناول حالة الأماكن التى أوجرت وأخطرت عنها اللجان أو شـــغلت قـــبل صـــدوره ولم تكن لها أجرة تعاقدية تصلح أساسا للتقدير الحكمى ، ومن بينها الأماكن المؤجرة بعقود اتفق فيها على تحديد أجرتها طبقا لما تقرره لجنة التقدير ، اعتبارا بأنه لايعد تعيينا لأجـــرة تعاقدية حرة وكان القرار التفسيرى التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ إنمـــا ينصـــب على هذه الحالة الأخيرة التى بقيت خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ دون القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فـــإن القـــرار المشـــار إلـــيه يكون قـــد صدر فى حدود التفويض

التشــريعى المخول للجنة العليا دون أن يجاوزه إلى أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٥ـ تصدى المحكمة لتفسير القانون التفسيرى :

صدور قانون تفسيرى لا يحول بين المحكمة وبين تفسيرها لهذا القانون إذا كان الأمر يتطلب ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة الأولى من القرار التفسيرى التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ على أنه " إذا اتفق المالك والمستأجر على تحديد أجرة الوحــدة المؤجرة طبقا لما تقرره لجنة التقدير فلا تكون هناك أجرة اتفاقــية مــتعاقد عليها وتستمر لجان التقدير فى تقدير الأجرة طبقا لأحكــام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه، وإذا كان المكان قــد حــددت أجــرته لجنة التقدير ولم يصبح قرارها نهائيا فتستمر مجالس المراجعة فى نظر الطعون ... وذلك كله مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ المشار إليه " يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن هذا القرار إنما يواجه الحالة التى لم يــتفق فيها المالك والمستأجر أصلا على تحديد أجرة للعين بل تركا أمر تحديدها إلى لجنة التقدير ، إذ لا يكون هناك أجرة متفق عليها وقت صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ حتى يمكن تخفيضها بنسبة ٣٥% بالتطبــيق لما تقضى به المادة الثانية منه ، وفى هذه الحالة

تســتمر اللجنة فى تقدير الأجرة طبقا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، فــإذا كانــت اللجنة قد حددت الأجرة ولم يصبح قرارها نهائيا بسبب التظلم منه فتستمر مجالس المراجعة فى نظر الطعن ، بمعنى أنه لا مجال للأخذ بالقرار التفسيرى سالف الإشارة إلا إذا لم تكــن هــناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر فإذا اتضــح وجودهــا كان لا مناص من إعمال أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٦ – صور التشريع التفسيرى :

للتفسير التشريعى صور عديدة ، ومن هذه الصور ما يأتى:

١- أن يصــدر التشــريع مفســرا لتشريع سابق ومبينا حقيقة المقصود من التشريع الأخير . ولو كان هذا التشريع قد تم إلغاؤه.

٢- أن يــتخذ التفســير صورة الطريقة التى يجب إتباعها فى التفسير دون أن يتناول صراحة مضمون التفسير وموضوعه .

ومــثال ذلــك مــا كانت تنص عليه المادة الأولى من اللائحة التنفــيذية للقــانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم الدمغة حيث كانــت تنص على أن : " قانون رسم الدمغة من القوانين التى تطبق بحرفيتها ، والتى لايجوز التوسع فى تأويلها ، فلا رسوم دمغة ولا إعفاء منها بغير نص " .

٣- أن يكـون التفسـير التشريعى هو اللائحة التنفيذية للقانون ذاته، ومثال ذلك ما حدث فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضـريبة علـى إيـرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الـتجارية والصناعية وعلى كسب المال ، إذ نصت المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن :

" الهيـئات الخاصـة والشـركات والمنشـآت والأفراد الذين يصـرفون مـبالغ تتـناولها الضريبة طبقا للمادتين ٦١ ، ٦٢ من القـانون يتبعون نفس الطريقة الموضحة فى المادة ٣٣ من اللائحة فيـتولى كـل منها خصم مقدار الضريبة على مجموع المبالغ التى يصرفها لكل شخص شهريا طبقا للقواعد عينها .

وإذا كـان ما تدفعه تلك الهيئات والشركات والمنشآت والأفراد إلى الموظف أو المستخدم أو غيرهما مبالغ محددة القيمة كأن يكون أسـاس التحديد نسبة مئوية أو إذا كان ما تدفعه إليه أجرا عرضيا، أو كانـت تدفع إليه إلى جانب أجره الشهرى المحدد أتعابا أو هبات أو مكافـآت شهرية من أى نوع كان ، فإن الضريبة المستحقة على المـبالغ التى تدفعها من هذا القبيل تسوى فى آخر السنة وتدفع إلى مـأمور الضـرائب فى بحر الخمسة عشر يوما التالية لانتهائها مع بقاء صاحب العمل مسئولا عن توريدها إلى الخزانة " .

فقد جاءت هذه المادة مفسرة لبعض أحكام القانون .

٤- أن يتولى النص ذاته تفسير ما ورد فيه من عبارات تحتاج إلى تفسير .

مـــثال ذلـــك أن الفقرة الأولى من المادة ١٢١ مدنى تنص على أن: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع فى هذا الغلط ..." ، فهذه الفقرة جاءت تفسيرا لعبارة الغلط الجوهرى الواردة فى المادة ١٢٠ مدنى.

ومثال ذلك أيضا ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدنى حيــث تــنص على أن : " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لايكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكـــون مسجلا طبقا للقانون " ، فهذه الفقرة جاءت لتفسر عبارة السبب الصحيح الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ مدنى .

٥- أن يكـــون التفســـير من المشرع بنفس صيغة النص أى أن الصيغة التى عبر عنها المشرع صدرت عنه دالة على معنى معين ولايحتمل أن يفهم منه معنى آخر .

وبـــيان المـــراد من هذا النص يسمى فى اصطلاح الأصوليين "التقرير" لأن بيانه من المجتهد أو القاضى ليس إلا تقريرا أو ترديدا لمعـــنى عيـــنه المشرع ، ومثال ذلك النص الذى يحدد سعر الفائدة على نحو ما قدمنا[1] .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٨٩ وما بعدها .

٤٧ ـ حدود التفسير التشريعي :

المفروض أن يأتي التفسير التشريعي في حدود القانون الذى يراد تفسيره ، بمعنى أنه لايخلق قاعدة جديدة وإنما يوضح مضمون قاعدة سابقة ، ومع ذلك فقد يحدث أن يأتي التفسير التشريعي بقاعدة جديدة .

وفي هذه الحالة إذا كانت السلطة التشريعية هي التي أصدرت التفسير فإن القاعدة الجديدة يجب احترامها إذ هي وردت في تشريع، وتكون السلطة التشريعية في هذه الحالة قد تسترت وراء التفسير لتنشئ قاعدة وتجعلها تسرى على الماضي . وهذا العمل من حقها ، بشرط أن تحترم ما ينص عليه الدستور بصدد رجعية القوانين .

أما إذا كان التفسير التشريعي قد صدر من سلطة أخرى خولتها السلطة التشريعية حق إصداره – كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٢ (مكرر) من قانون الإصلاح الزراعي – فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشئ قواعد جديدة، لأنها بذلك تكون قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها ، ولئن فعلت فلا يعتد بما تصدره ولا يكون قولها ملزما ويكون للقضاء أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من سلطة مراقبة التشريع .

وقد يصدر تشريع معين ولايفصح عما إذا كان تشريعا تفسيريا أو تشريعا أصيلا .

والمعـــيار الذى يتبع للتمييز بين النوعين هو أن يصدر التشريع ليحســـم مسألة خلافية تدخل فى النطاق الطبيعى لقانون سابق . فإن كـــان كذلـــك عد تفسيرا وكان له أثر رجعى ، وإن لم يكن تشريعا تفسيريا فإنه لايسرى على الماضى ما لم ينص فيه على خلاف ذلك وروعيت فى إصداره القواعد الدستورية[1] .

وينبـــنى علـــى ذلـــك أنه لاعبرة بعنوان القانون ، وإنما العبرة بمضمونه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايجـــوز التحدى بعنوانات القوانين فإن هذه العنوانات يضعها فـــى العـــادة العمال المكلفون بطبع القوانين ونشرها وليس لها أقل قيمة ، بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/٥/١٦)

٤٨ـ آثار التفسير التشريعى :

لما كان المقصود من التفسير التشريعى هو تفسير تشريع قائم، فإنـــه يطـــبق فى الحال على كل المنازعات القائمة وقت صدوره ، ولـــو كانت ناشئة عن معاملات قانونية سابقة عليه طالما لم يصدر بشأنها حكم بات .

---

(١) أحمد سلامه ص ١٩٠ وما بعدها .

ولايعتبر ذلك تطبيقا للقانون بأثر رجعى ، لأنه ليس قانونا جديدا منشئا لأحكام مستجدة لكنه كاشف عن حقيقة قصد الشارع مزيلا ما لابس التشريع المفسر من غموض [١]

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان التفسير التشريعى هو التفسير الذى يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق ومبنى حكم هذا التشريع حسما لما يثار من خلاف بشأنه . وكان التشريع المفسر يلغى التشريع السابق ، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعا جديدا طالما أنه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذى يفسره فيسرى على الحالات التى لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعى . لما كان ذلك وكان المشرع قد أفصح فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ عن قصده من إصداره وهو إعادة تنظيم العلاقة الإيجارية إزاء أزمة الإسكان التى ظهرت فى معظم دول العالم – وبالذات الدول النامية – بعد الحرب العالمية الأولى، وكثرة التشريعات التى صدرت قبله بصدد معالجة هذه الأزمة مما اقتضى وضع هذا القانون ليساير الأوضاع الراهنة ويكون شاملا لجميع

---

(١) أحمد سلامه ص ١٩٠ – محمد على عرفه ص ١٨٣ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٦٣ .

الأحكـــام التى تنظم العلاقة بين الملاك والمستأجرين وكانت المادة ٤٧ منه قد نصت على إلغاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وبعض القوانين الأخرى فإن هذا قاطع فى أن المشرع لم يقصد به تفسير القانون السابق عليه والذى ألغاه ، لما كان ما تقدم وكان يتنافى مع وصـــف التشريع بأنه تفسيرى أن تكون المسألة التى تناولها النص الجديد مسكوتا عنها فى التشريع السابق ، وكانت عناية القانون رقم ١٩٦٩/٥٢ فى المادة ٢١ منه بتنظيم أثر وفاة المستأجر على امتداد عقـــد الإيجـــار، مع أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يسبق له معالجـــتها يتجاوز مع القول بأنه تشريع تفسيرى ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون" .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨)

والتفســـير التشـــريعى ملـــزم للقضاء والهيئات المكلفة بتطبيق القـــانون وتنفيذه ؛ لأنه يصدر فى صورة تشريع ، والتشريع ملزم دائما [١].

٤٩ـ إلغاء التشريع التفسيرى بإلغاء التشريع الأصلى :

التفســـير التشريعى يدور وجودا أو عدما مع التشريع الأصلى ، فيترتـــب على إلغاء التشريع الأصلى إلغاء التشريع التفسيرى ، فإن حـــل قـــانون جديـــد محل القانون الملغى ، فإن التشريع التفسيرى

---

(١) حسن كيره ص ٣٩٩ – أحمد سلامه ص ١٩٠ .

الصـــادر فـــى شأن القانون الأخير يفقد قوته الملزمة ، لكن يجوز الاستئناس به كقرينة على قصد المشرع من النص الجديد[١] .

٥٠ـ تفويض المحكمة الدستورية العليا فى تفسير القوانين :

تــنص المادة (١٧٥) من دستور سنة ١٩٧١ الواردة بالفصل الخامس الخاص بالمحكمة الدستورية العليا على أن :

" تــتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علـــى دســـتورية القوانيـــن واللوائـــح ، **وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون... الخ** " .

وتنص المادة (٢٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن :

" تــتولى المحكمـــة الدســـتورية العليا تفسير نصوص القوانين الصـــادرة مـــن السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئـــيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها".

وتنص المادة (٣٣) من القانون على أن :

" يقـــدم طلب التفسير من وزير العـــدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

---

(١) المستشـــار أنور طلبه المطول فى شـــرح القانون المدنى الجزء الأول ص ٦٨ .

ويجــب أن يبيــن فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفســيره ، ومــا أثــاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه " .

وتنص المادة (٣٤) على أن :

" يجــب أن تكــون الطلــبات وصحف الدعاوى التى تقدم إلى المحكمــة الدســتورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحــوال ، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه فى المادتين ٣١، ٣٢ صــورة رسمية من الحكمين اللذين وقع فى شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول ".

٥١- نطاق التفسير :

كانــت المادة ٤ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا تنص على أن :

" تختص المحكمة العليا بما يأتى :

١- ....

٢- تفســير **النصــوص القانونــية** التى تستدعى ذلك بسبب طبيعــتها أو أهميــتها ضــمانا لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما .

٣- .... إلخ " .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن المقصود **بالنص القانونى** هو أى نص تشريعى سواء كان من نصوص الدستور أو القانون أو التشريعات الفرعية ، وقد تصدت المحكمة فعلا لتفسير نص المادتين ٩٤ ، ٩٦ من الدستور بقرار التفسير رقم ٣ لسنة ٨ ق (الجريدة الرسمية العدد ١١ بتاريخ ١٩٧٧/٣/١٧) .

ويبدو أن المشرع فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا قد حسم خلافا دار حول هذا الأمر حينما نص فى المادة ٢٦ منه على أن : " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ".

وعلى ذلك يتحدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، وكذلك تفسير نصوص القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وهى التى تصدر فى حالة الضرورة وفى حالة التفويض التشريعى ، وبشرط أن تكون تلك القرارات بقوانين قد صدرت صحيحة شكلا وموضوعا طبقا لأحكام الدستور .

ولكنها لاتختص بإصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور، ولا للتشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاصها الأصيل فى ذلك .

كمـــا لاتختص بتفسير التناقض بين أحكام المحاكم حول بعض الاتفاقـــات والعقود ، طالما أن هذا التناقض غير ناتج عن اختلاف فى تفسير نص قانونى .

وفى هذا قضت المحكمة العليا بأن :

١- " إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادة الرابعة فقرة ثانية مـــن القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الرابعة من القانون رقم ٦٦ لســـنة ١٩٧٠ إنمـــا يــتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى للنصـــوص التشـــريعية أمـــا تكيـــيف العقود واستظهار شروطها واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل فى اختصاص المحكمة وإنما يدخل فى اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة ".

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ٦ /٥/١٩٧٢)

٢- " ومـــن حيـــث إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادتين المشـــار إليهما إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجليه معـــناها وكشـــف الغمـــوض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى للنصـــوص التشـــريعية أمـــا تكييف العقود واستظهار شروطها . واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل فى اختصاص المحكمة وإنمـــا يدخل فى اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة ومن ثم فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر الطلب " .

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ القضائية جلسة ٦/٥/١٩٧٢)

٥٢ ـ شروط قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير :

يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين توافر الشروط الآتية :

١- أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

فلا يجوز تقديم طلبات التفسير من المتقاضين ولا من أى جهة خلاف الجهات سالفة الذكر .

غير أنه يلاحظ - كما ذهب البعض- أن التجاء السلطة التشريعية إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص فى تشريع صدر عن هذه السلطة هو أمر غريب ، ذلك أنه إذا تراءى لمجلس الشعب أن نصا فى القانون يحتاج إلى تفسير ، فإنه يجب على المجلس أن يوضح نيته ومقصوده من هذا النص لا أن يترك غيره يتولى عنه ذلك ، ولهذا فمن الواجب فى مثل هذه الحالة أن يتولى المجلس ذاته إصدار تشريع تفسيرى لهذا النص الغامض . لاسيما وأن المشرع يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير أن يكون النص التشريعى المراد تفسيره قد أثار خلافا فى التطبيق والنص لا يثير خلافا فى التطبيق إلا خارج نطاق المجلس التشريعى[1] .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٤٠٣ .

٢- أن يكـــون الـــنص المراد تفسيره قد أثار خلافا فى التطبيق وكان له من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره .

والواقع أن النص القانونى الذى يثير خلافا فى التطبيق ، يكون قـــد أثـــار هذا الخلاف عند قيام جهات مختلفة بتنفيذه ، أو عند قيام محاكم مختلفة بتطبيقه فهو فى الحالتين يثير خلافا فى التطبيق .

ولذلـــك إذا كان طلب التفسير قدم بناء على طلب رئيس مجلس الـــوزراء فإنـــه يشترط لقبول الطلب أن يكون النزاع فى التفسير قد ثـــار بيـــن جهـــات مختلفة تتولى تنفيذ النص القانونى المختلف فى تفســـيره، كما يشترط ألا يكون الباعث على تقديم الطلب هو تقديم التفسير فى منازعة قضائية قائمة .

أمـــا إذا كـــان طلب التفسير قد قدم بناء على طلب من المجلس الأعلى للهيئات القضائية فإنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون النص القـــانونى قـــد آثـــار خلافا بين المحاكم حول تفسيره، الأمر الذى يستلزم أن تكون هناك أحكاما متعارضة ، ويرجع سبب تعارضها إلى الاختلاف فى تفسير النص . غير أنه لايشترط فى هذه الأحكام أن تكون قد صدرت من محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا، إنمـــا يكفى أن يتبين للمجلس الأعلى للهيئات القضائية ، أن الاتجاه القضـــائى غير مستقر على تفسير معين لنص من النصوص برغم

تمـــاثل الحـــالات الواقعية (أى المنازعات) وأن الأمر من الأهمية بمكان بحيث يستدعى تفسير النص تحقيقا لوحدة تطبيقه [١].

وإعمـــال هـــذا الشرط يقتضى أن يبين فى طلب التفسير النص التشـــريعى المطلـــوب تفســـيره ، وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومـــدى أهميـــته التى تستدعى تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه (٢/٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا) .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " مـــناط قـــبول طلب تفسير نصوص القوانين الصادرة من الســـلطة التشـــريعية والقـــرارات بقوانيـــن الـــتى يصدرها رئيس الجمهوريـــة- طـــبقا للمـــادة ٢٦ قانون المحكمة الدستورية العليا الصـــادر بالقـــانون رقـــم ٤٨ لســـنة ١٩٧٩- هـــو أن تكون هذه النصوص قد أثارت خلافا فى التطبيق ، وأن يكون لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها . ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب تفسيره علاوة على أهميته ، قد اختلف تطبيقه على نحو لاتتحقق به المســـاواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم وظـــروفهم ، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدســـتورية العليا بتفسير هذا النص تفسيرا ملزما ، إرساء لمدلوله القانونى السليم وتحقيقا لوحدة تطبيقه " .

(طلب التفسير رقم٢ لسنة ٢ قضائية جلسة٣ يناير سنة١٩٨١)

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٤٠٥ .

٢- " وحيث إن السلطة المخولة لهذه المحكمة فى مجال التفسير التشـــريعى ، مشـــروطة بأن تكون للنص التشريعى أهمية جوهرية تـــتحدد بالـــنظر إلـــى طبيعة الحقوق التى ينظمها ووزن المصالح المرتـــبطة بها ، وأن يكون هذا النص- فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التى يرتبها فـــيما بيـــن المخاطبين بأحكامه على نحو يخل - عملا - بعمومية القاعدة القانونية الصادرة فى شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنســـبة إلـــيها ، ويهدر بالتالى ما تقتضيه المساواة بينهم فى مجال تطبـــيقها الأمر الذى يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد علـــى ضـــوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها " .

(طلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٣- " ... وفى ضوء هذين الحكمين استقر قضاء هذه المحكمة علـــى أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية مشروط بأمرين : (أولهما) أن يكون للنص التشريع المطلوب تفسيره أهمية جوهرية- لا ثانويـــة أو عرضـــية - تـــتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التى يـــنظمها ، ووزن المصالح المرتبطة بها ، و(ثانيهما) أن يكون هذا الـــنص - فـــوق أهميته- قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التى يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه،

بمـــا يفضى عملا إلى الإخلال بوحدة القاعدة القانونية الصادرة فى شـــأنهم ، والمـــتماثلة مراكزهم القانونية إزاءها ، ويهدر بالتالى ما تقتضيه المساواة بينهم فى مجال تطبيقها ، الأمر الذى يحتم رد هذه القـــاعدة إلــــى مضمون موحد يتحدد على ضوئه ما قصده المشرع منها عند إقراها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها .

وحيث إن الشرطين اللذين تطلبهما المشرع لقبول طلب التفسير قـــد توافـــرا بالنسبة لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من قانون تنظـــيم مباشـــرة الحقوق السياسية المشار إليها ، وذلك لماوقع فى شـــأنها مـــن خـــلاف فى التطبيق بين دوائر محكمة النقض بعضها الـــبعض مـــن جهـــة ، ومحكمة القضاء الإدارى من جهة أخرى ، فتضـــاربت قـــراراتها وقضـــاؤها بشأن صحة الاقتراع فى اللجان الـــتىجرى الاقـــتراع فيها برئاسة أعضاء من هيئتى قضايا الدولة والنيابة الإدارية ، كما لاجرم فى أهمية هذا النص ، تقديرا بوروده فى أحد القوانين المكملة للدستور ، وتعلقه بممارسة حقين دستوريين أساســـيين يتبادلان التأثير فيما بينهما وهما حق الترشيح والانتخاب ومن ثم ، كان الطلب مقبولا " .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٣ ـ التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزم للكافة :

تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا فى فقرتيها الأولى والثانية على أن:

" أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة . وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها فى الفقرة السابقة فى الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها".

وعلى ذلك فإن القرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بالتفسير – شأن الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية – لها حجية مطلقة قبل الكافة . ويعزى ذلك إلى أن المحكمة الدستورية العليا فيما تصدره من قرارات تفسير تشريعى ، لاتنشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسيره نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير .

وفى هذا تقول المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ولايتها فى مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير التشريعى تقتصر على تحديد مضمون النص القانونى محل التفسير لتوضيح ما أبهم من ألفاظه ، وذلك من خلال استجلاء إرادة المشرع

وتحــرى مقصـــده مـــنه ، والوقوف على الغاية التى يستهدفها من تقريره إياه ".

(طلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٩)

٢- " وحيـــث إن قرارات التفسير الصادرة من هذه المحكمة قد تواتـــرت علـــى أنهـــا قد خولت سلطة تفسير النصوص التشريعية بمعـــناها الشامل لقرارات رئيس الجمهورية بقوانين تفسيرا تشريعيا ملـــزما يكون كاشفا عن إرادة المشرع التى صاغ على ضوئها هذه النصوص محددا مضمونها لتوضيح ما أبهم من ألفاظها ، مزيلا ما يعـــتد بهـــا من تناقض قد يبدو من الظاهر بينها ، مستصفيا إرادة المشرع تحريا لمقاصده منها ، ووقوفا عند الغاية التى استهدفها من تقريره إياها بلا زيادة أو ابتسار ، وتستعين المحكمة فى سبيل ذلك بالـــتطور التشـــريعى للنص المطلوب تفسيره وبأعماله التحضيرية الممهدة له " .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية " تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

وكانـــت المـــادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠بإصدار قـــانون الإجـــراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، تنص على أن تكـــون الأحكـــام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانيـــن ملـــزمة لجميع جهات القضاء دون أن يشر إلى قرارات التفســـير ، وذهبت محكمة النقض إلى أن قرارها بالتفسير يكون له هذا الإلزام .

إذ قضت بتاريخ ١٩٨١/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ ق بأن :

" مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المحكمة العليا أن المشرع اختص المحكمة العليا بتفسير النصوص التشريعية وجعل لقرارات التفسير التى تصدر قوة ملزمة لجميع جهات القضاء، وهى فى ذلك لاتنشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير ، ولايغير من ذلك أن المشرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر إلى قرارات التفسير ، رغم أنه واجب نشر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية بالجريدة الرسمية ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصت على أن لقرارات التفسير ذات القوة الملزمة ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه ، وكان من مقتضى اختصاص المحكمة العليا بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية أن يكون لها وحدها تقرير توافر شروط قبول طلب التفسير بحيث

لايقـبل مـن أيـة جهة قضائية أن تبحث تلك الشروط أو تناقشها توصلا إلى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير " .

ويظل التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزما على نحـو مـا تقـدم حتى لو لم يكن صادرا فى طلب تفسير وإنما فى دعـوى بعدم دستورية نص قانونى ، باعتبار أن قرار التفسير فى هـذه الحالة يكون صادرا من محكمة مختصة ولائيا بالتفسير وأن حكمها بات قاطع لاسبيل إلى إهدار حجيته[1] .

٥٤ ـ النطاق الزمنى لسريان التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا :

رأينا فيما سلف أن المحكمة الدستورية العليا فى قرارات التفسير التشريعى لاتنشئ حكما جديدا بل تكشف حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير .

وينبنى على ذلك أن يعتبر هذا التفسير قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى ، ويسرى على كافة الوقائع التى تلت نفاذ التشريع الأصلى ، طالما لم يصدر بشأنها حكم بات ، وذلك بطريق القياس أيضا على التفسير التشريعى .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٩ .

٥٥- سلطة المحكمة الدستورية العليا فى التفسير لاتنزع اختصاص الجهات الأخرى بالتفسير :

الاختصـــاص المخول للمحكمة الدستورية العليا بتفسير القوانين واللوائـــح ، لايســـلب الجهـــات الأخرى المنوط به سلطة التفسير اختصاصها فى إصدار التفسيرات التشريعية ، مثل مجلس الشعب، الـــذى يظل له الحق فى سن تشريع تفسيرى ، وكذا اللجان الإدارية الـــتى عهد إليها بهذا الاختصاص وكذلك لايسلب هذا الاختصاص جهـــات القضاء الأخرى - كما سنرى- سلطتها فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن الـــنص المطروح أمامها تفسير ملزم . سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا .

وفـــى هـــذا جـــاء بالمذكـــرة الإيضـــاحية لقـــانون المحكمـــة الدستورية العليا بأن :

" وغـــنى عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لايحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها فى إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير .

كمـــا أن هذا الاختصاص لايصادر حق جهات القضاء الأخرى جمـــيعا فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة

علـيها مـادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" اختصـاص المحكمـة الدسـتورية العلـيا بتفسير النصوص التشـريعية- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها- لايصـادر حـق جهات القضاء الأخرى فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " .

(طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٨١/١/١٧)

٥٦ ـ لا شأن لتفسير النص بدستوريته :

اختصـاص المحكمة الدستورية العليا بالنسبة لتفسير النصوص التشـريعية لاشـأن له بدستورية النص ، ولايجوز له عند التصدى لتفسير النص التصدى لدستوريته .

وينبـنى على ذلك أن إصدار المحكمة الدستورية العليا تفسيرا تشريعيا للنص ، لايحول دون الطعن بعدم دستوريته .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" وحيث إنه غنى عن البيان أن اختصاص هذه المحكمة بالنسبة لتفسـير النصـوص التشـريعية لايجوز أن ينزلق إلى الفصل فى

دســتوريتها ، ذلــك أن المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا لاتخولها سوى استقصاء إرادة المشرع من خلال استخلاصها دون تقييم لها ، وعلى أساس أن النصوص التشريعية إنما ترد دوما إلــى هــذه الإرادة وتحمــل عليها حملا ، سواء كان المشرع حين صــاغها مجانبا الحق أو منصفا ، وسواء كان مضمونها ملتئما مع أحكام الدستور أم كان منافيا لها ، ولايتصور بالتالى أن يكون طلب تفســير النصــوص المذكورة تفسيرا تشريعيا متضمنا أو مستنهضا الفصل فى دستوريتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور " .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية " تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٧ ـ ثانيا : التفسير الفقهى والقضائى :

يقصد بالتفسير الفقهى ، ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون .

أمــا التفســير القضــائى ، فيقصد به ذلك التفسير الذى يتولاه القضاة حينما يقوم بتطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليهم .

والتفســير الذى يقوم به القاضى يتأثر إلى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، إذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة .

والقاضى عضو فى السلطة القضائية ، أما الفقيه فهو مجرد عن كل سلطة ، ومن ثم فإن التفسير الذى يقوم به القاضى ينطبق على الدعوى التى ينظرها ، ويلزم الأطراف ، وينفذ بالقوة الجبرية عند تنفيذ الحكم إذا دعت لذلك ضرورة .

أما التفسير الفقهى فهو مجرد وجهة نظر ، مجرد نصيحة ليس لها فى حد ذاتها أية قوة إلزامية .

إلا أنـــه يجمع بين التفسير الفقهى والقضائى التزامهما بأساليب علمـــية واحدة ، وحرصهما معا على التعاون فيما بينهما فى تفسير القـــانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء . فالتفســـير الفقهـــى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضـــطر القضـــاء علـــى أى حـــال – أمام تداول الخصوم مختلف التفســـيرات الفقهـــية – إلى اتخاذ موقف منها بالانحياز إلى بعضها دون الـــبعض الآخـــر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كـــبرى مـــن جانب الفقه ، فيحاول عن طريق الوصل بين مختلف الأحكـــام – استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضـــائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحـــت ، مما يدعوه إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية .

لكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء إلى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير(١) .

---

(١) أحمد سلامه ص ١٩١ ومابعدها – حسن كيره ص ٤٠٠ وما بعدها .

٥٨ ـ أسلوب النظام القانونى المصرى فى التفسير :

يتجه الفقيه والقاضى فى تفسيرهما التشريع نحو المعنى الذى ينطوى عليه النص وما قصده المشرع من عبارته .

وقد تعددت الآراء بشأن النية التى يجب البحث عنها من واقع النص. وتبلورت أهمها فى ثلاثة مذاهب هى :

١- مذهب مدرسة الشرح على المتون .

٢- مذهب المدرسة التاريخية .

٣- مذهب المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر.

ولانرى مبررا لدراسة هذه المذاهب الثلاثة ، وأنه يكفى تناول ما هو مستقر عليه فى الفقه والقضاء المصرى .

٥٩ ـ حالات التفسير :

تعرض الوقائع على القاضى ليقضى فيها ويتعين عليه أن يلتمس حلها فى التشريع قبل أى مصدر آخر (المادة الأولى من التقنين المدنى) . فإما أن يجد للحالة المعروضة عليه نصا يواجهها، وإما ألا يجد لها نصا .

والنص إن وجد فإما أن يكون واضح المعنى سليما من كل عيب ، وإما أن يكون معيبا يحتاج إلى جهد لإصلاح ما به من عيب .

فهناك ثلاثة فروض : الأول وجود نص سليم ، والثانى وجود نص معيب ، والثالث انعدام النص .

وظاهـــر أن التفسير يكون له محل فى الفرض الثانى، وبالتأمل يتضـــح أن الفـــرض الأول أيضا يكون فيه مجال التفسير . أما فى حالـــة عـــدم النص ، فالذى يتبادر إلى الذهن ألا يكون هناك مجال للتفسير .

ولكـــن الواقع أن القاضى لابد له حتى فى هذه الحالة من تفسير النصـــوص الموجـــودة ، والـــتحقق من عدم انطباقها على الحالة المعروضـــة ، حتى يمكنه أن يقرر أن هذه الحالة مسكوت عنها ، أى أن لانص لها ، فيجوز له أن يلتمس حلها من طرق أخرى[١].

والأســـلوب الـــذى يتبعه القاضى هو ذات الأسلوب الذى يتبعه الفقيه فى تفسيره ، مع الفارق الذى ذكرناه سلفا من أن الفقيه يضع قواعـــد مجردة ، وليس بصدد تطبيقها على واقعة معينة كالشأن فى التفسير الذى يقوم به القاضى .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٤٢ .

(الحالة الأولى من حالات التفسير)
(حالة النص السليم)

المقصـــود بالـــنص الســـليم ذلك النص الذى يفيد المقصود منه بمجرد فهم ألفاظه ، والذى يثير فى الذهن معنى معينا .

وقـــد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن : " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها " .

فلفـــظ النص هو صيغته كما سنرى ، وفحوى النص هو المعنى غـــير المباشـــر الذى لايستخلص من ألفاظ النص ذاتها ، وإنما من الـــنص فـــى مجموعه ، فهو معنى لم يفصح عنه النص ولكنه من لوازمه [1].

فتفســـير فحـــوى الـــنص تاتى عن طريقة دلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء ولذلك فحن نعرض لدلالات ثلاث :

١- دلالة العبارة .   ٢- دلالة الإشارة .

٣- دلالة الاقتضاء .

٦٠- (أ) دلالة العبارة :

المراد بعبارة النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٧ .

والمـــراد بدلالـــة عـــبارة النص المعنى الذى يتبادر فهمه من صـــيغته ويكـــون هـــو المقصود من سياقه ، ويطلق عليه المعنى الحرفى للنص أو منطوقه .

ولكل نص معنى تدل عليه عباراته .

ومن أمثلة ذلك :

١- مـــا تنص عليه المادة ١٣٥ مدنى من أنه : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " . فهذا النص يدل بعبارته على أن العقد يبطل إذا كان محله مخالفا للنظام العام.

٢- مـــا تـــنص عليه المادة ١١٢ مدنى من أن إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تســـلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " .

فهـــذا النص تدل صياغته على أنه يجوز الإذن للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة من عمره فى تسلم أمواله لإدارتها .

والمقـــرر أن مـــا تفيده هذه الدلالة يجب القول به ولايصح أن يصـــرف الـــنظر عنه بمقولة أنه غير عادل ، فإرادة المشرع يجب الأخذ بها بصرف النظر عن اعتبار اتساقها أو تعارضها مع العدالة إذ لـــيس علـــى القاضى إلا تفسير النص واستنباط ذلك الحكم منه وتطبيقه [١].

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٠٢ – سليمان مرقس ص ٢٤٣ .

وفـــى هـــذا يقول الأصوليون إن : " لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعى " .

وقـــد نصـــت المـــادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : "لامساغ للاجتهاد فى مورد النص " .

وقضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له من محل ، وإنما يكون ذلك عـــند غمـــوض الـــنص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضـــطرا ، فى سبيل تعرف الحكم الصحيح ، إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه " .

(طعن رقم ٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٥/١)

٢- مـــتى كـــان النص واضحا صريحا جليا قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل التشريعية أو بالحكمة التى أملته وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه".

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٢)

٣- " مـــن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه لايجوز تقييد مطلـــق الـــنص بغير مخصص بحيث إن كان صريحا جلى المعنى قاطعـــا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله

بدعـوى تفسيره استهداء بالحكمة التى أملته وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه " .

(طعن رقم ٣١٢٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٨)

٤- " مـن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضـحا جلـى المعـنى قـاطع الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله " .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٠)

كما قضت المحكمة الدستوريـة العليا بـأن :

" وحيـث إن من المستقر عليه فى أصول التفسير أنه إذا كانت عـبارة الـنص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معـناها المقصود منها ، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ، كما إذا جاءت عامة فإنها تجرى على إطلاقها ، ما لم يوجد ما يقيدها أو يخصص حكمها " .

(الطلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية " تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٦١ـ وجود معنى اصطلاحى للنص :

قـد يكـون للفـظ معنى فى اللغة العربية ، ويكون له فى ذات الوقت معنى اصطلاحى مختلف .

والمقصـود بالمعنى الاصطلاحى ذلك المعنى الذى استقرّ للفظ معين فى لغة القانون [١].

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٠٢ .

فـــى هذه الصورة يجب حمل النص على المعنى الاصطلاحى وليس على المعنى اللغوى .

ويجـــب صرف هذا المعنى الاصطلاحى فى كل نص آخر يرد فـــى التشـــريع ، إلا إذا تبين أن المعنى الاصطلاحى يجافى قصد المشـــرع فـــإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غـــير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ، ومن ثم فإن التعرف على الحكـــم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" إنه وقد زالت صفة الوقف عن الأعيان الموقوفة وقفا أهليا بمقتضـــى المرســـوم بقـــانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وانحصرت الأحكام إما فى الأراضى الغير موقوفة أصلا أو الأراضى الموقوفة وقفا خيريا فإن لازم ذلك أن تنصرف عبارة " الأعيان الموقوفة" فى القوانيـــن رقم ٩٤٦ لسنة ١٩٥٣ و ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ و ٦٢ لسنة ١٩٦٠ الـــتى تعاقب صدورها بعد المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بغية تنظيم إنهاء حق الحكر – ودون حاجة إلى تحديد- إلى تلك الأعيان التى بقيت لها صفة الوقف بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وهى الأعيان الموقوفة على غير الخيرات فقط".

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤)

٢- " إذ كـــان قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لســـنة ١٩٥٩ قد نص فى المادة الثانية منه على أن يستثنى من نطـــاق تطبيقه " العمال الذين يستخدمون للعمل فى الزراعة إلا فيما يـــرد بـــه نـــص خـــاص " كما جرى نص المادة الثانية من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على أن أحكامـــه لاتسرى على " العاملين فى الزراعة إلا فيما يرد به نص خاص " . وكان المشرع حين أصدر القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ الخـــاص بعقـــد العمـــل الفـــردى واستثنى من أحكامه العاملين فى الـــزراعة إنمـــا أراد بهذا الاستثناء – وعلى ما يبين من المناقشات البرلمانية الخاصة بهذا القانون- استبعاد كل من يعمل فى الزراعة بصـــفة مباشرة أو غير مباشرة بحيث يشمل الاستثناء العمال الذين يؤدون الأعمال الإدارية والكتابية المتعلقة بالزراعة مما يكشف عن أن لمصطلح" العاملين فى الزراعة" مدلولا معينا فى قصد المشرع، وكانـــت نصـــوص القـــانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٥بإنشاء صندوق للتأميـــن وآخـــر للإدخار للعمال الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون رقـــم ٣١٧ لســـنة ١٩٥٢ بشـــأن عقد العمل الفردى والذى استثنى بـــدوره العامليـــن فى الزراعة من نطاق تطبيقه ، وكذلك نصوص قانونى التأمينات الاجتماعية الصـــادرين بالقانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ و٦٣ لســـنة ١٩٦٤ قـــد خلت مما يشعر بتحول المشرع عن مدلول ذلك المصطلح ، فإنه يتعين التزام هذا المعنى فى تفسير نص المادة

الثانـــية مـــن القانونين الأخيرين لأن الأصل فى قواعد التفسير أن المشـــرع إذا أورد مصـــطلحا معينا فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه " .

(ب)- " إذ أوردت المذكـــرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حيـــن تحدثـــت عن فئات العاملين التى استثناها القانون فى مادتـــه الثانية من أحكامه " العاملين فى الزراعة والمقصود بهم من يقومـــون بأعمـــال الفلاحة البحتة ولا يمتد الاستثناء إلى من يؤدون الأعمـــال الإداريـــة أو أعمـــال الحراسة كناظر الزراعة والخولى والخفـــير أو كاتب الزراعة وغير هؤلاء ممن يؤدون أعمالا مماثلة" تكـــون قد خرجت عن المعنى الصحيح لعبارة النص حسبما قصده الشـــارع فضلا عن تخصيصها لعمومه بغير مخصص وتجاوز حد الإيضـــاح وبســـطت مجال تطبيق القانون على بعض طوائف من عمال الزراعة دون سند من نصوصه التى قصرت سريان أحكامه فـــيما يتعلق بالعاملين فى الزراعة وفقا للمادة ١٩ منه التى صيغت علـــى غـــرار المـــادة ١٩ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقـــانون رقـــم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على العاملين المشتغلين بالآلات الميكانيكية أو المعرضين للأمراض المهنية بالنسبة لتأمين إصابات العمـــل وهو ما لا تملكه تلك المذكرة ومن ثم فلا يعتد بما ورد بها فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٢)

٣- " المقـــرر أن المشرع فى المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ انصرف عن المعنى الاصطلاحى للفظ المالك إلى ذلك المعنى الآخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ذلك أن الأصل فى قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه إلا أنـــه إذا تبين أن المعنى الإصطلاحى يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكـــد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل علـــيه ظاهـــر النص ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه ، والقصد الذى أملاه، وهـــو مـــا يبيـــن من استقراء أحكام هذا القانون من أنه أطلق على المؤجر اصطلاح المالك فى نصوص المواد ٤، ٥، ٦، ٧ ، ٩ ، ١١، ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٥ الخاصـــة بـــتحديد الأجرة وتقاضى مقدم إيجار وزيادة أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغرض السكنى وتوزيع تكاليف الترمـــيم والصـــيانة وأجـــر حارس المبنى والإعفاء من الضرائب العقارية للمبانى الجديدة وزيادة الأجرة عند تغيير الاستعمال والحق فى تقاضى نسبة من ثمن بيع المتجر أو المصنع وتأثيم تقاضى "خلو رجل" وبيع وتأجير الوحدات المبنية لأكثر من شخص والتخلف عن تســـليم الوحـــدات المؤجـــرة فـــى الموعد المحدد وبطلان الشروط المخالفـــة لأحكـــام القوانيـــن المـــنظمة للعلاقة بين طرفى العلاقة

الإيجارية فقد استخدم المشرع فى النصوص متقدمة البيان فقط لفظ المالك فى غير معناه الاصطلاحى " .

(طعن رقم ٣٧٩٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢)

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن الأصـــل فـــى تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضى به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضى به الأوضاع اللغوية ، لأن الأصل أيضا أن المشرع يستعمل فـــى صـــياغته للنصـــوص القانونية ، الألفاظ فى معانيها القانونية الخاصـــة لا بمعانـــيها اللغويـــة العامة وذلك كله ما لم يقم دليل من الـــنص على أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوى لا معناه القانونى " .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/٤/١١)

٦٢ـ وجود خطأ لغوى شائع :

قد يرد بالنص خطأ لغوى شائع فى نص من نصوصه ، يخالف معـــناه لغة ، فإذا فسر هذا النص طبقا لمعناه اللغوى فإنه يؤدى إلى معـــنى آخـــر غـــير الذى يقصد المشرع ، لأن المشرع وضع هذا النص طبقا لمفهومه الخاطئ الشائع ، ومن ثم يجب تفسير هذا اللفظ وفقـــا لمعـــناه الشائع مع التسليم بخطئه . ومثال ذلك لفظ "ضعف" فمعـــناه اللغـــوى (مثله) أى يقصد بضعف الشئ مثل الشئ وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله . إلا أن معناه الشائع (مثلا الشئ) .

ومن أمثلة استعمال المشرع هذا اللفظ فى معناه الشائع الخاطئ ما يلى :

١- ما جاء بالمادة ١٠٣ مدنى التى تجرى على أن :

" ١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فــإذا عدل من دفع العربون ، فقده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " ، فالمشرع هنا يقصد رده " مثلى " العربون [١].

٦٣- (ب) دلالة الإشارة :

دلالة الإشارة ، هى دلالة اللفظ على حكم لم يقصد بالذات ، فهو لا يتــبادر فهمــه من ألفاظه ، ولكن يكون لازما لمعنى متبادر من ألفاظه . فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام . وقد يكون وجه التلازم بين المعنيين ظاهرا فلا يحتاج تحصيل المعنى الالتزامى إلى عناء، وقد يكون خفيا فيحتاج تحصيل هذا المعنى إلى جهد وتفكير [٢].

ومثال ذلك :

١- قوله تعالى : { وحَمْلُهُ وفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً } مع قوله فى آية أخرى { وفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ } إذ يفهم من هاتين الآيتين بطريق الإشارة أن أقل مدة للحمل ستة أشهر . لأن الآية الأولى قدرت مدة

---

(١) راجع المستشار أنور طلبه ص ٩٧ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٤٦ وما بعدها – أحمد سلامه ص ٢٠٣ .

الحمل ومدة الفصال الذى هو الفطام عن الرضاعة بثلاثين شهرا ، والآيـــة الثانية قدرت مدة الفصال بحولين ، فيلزم من ذلك أن الباقى من الثلاثين شهرا وهو ستة أشهر يكون أقل مدة للحمل .

٢- مـــا تـــنص علـــيه المادة ١٠٣٣ مدنى من أنه : " إذا كان الراهـــن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ... الخ " .

فالمعـــنى المستدل من عبارة النص هو أن الرهن من غير مالك يمكن تصحيحه بإقرار من المالك الحقيقى . أما عن المعنى المستدل بدلالـــة الإشـــارة المرتبط لزوما بالمعنى الأول فهو أن جزاء رهن ملك الغير هو البطلان النسبى وليس البطلان المطلق، لأن البطلان المطلق لا يرد عليه التصحيح . فجواز تصحيح الرهن يعنى لزوما أن جزاءه هو البطلان النسبى[١] .

٣- مـــا تـــنص عليه المادة ٥٦٢ مدنى من أنه : " إذا لم يتفق المـــتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثـــبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل " . فيفهم من هذا النص بطريق الإشارة أن عقد الإيجار الذى لم يتفق فيه على مقدار الأجـــرة لا يكـــون بـــاطلا ، بدليل جواز أن يعتمد القاضى فى هذا التقدير على أجرة المثل [٢].

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٧ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٢٥ وما بعدها .

٦٤- (ج) دلالة الاقتضاء :

هـــى دلالـــة اللفظ على حكم أو لفظ مسكوت عنه يتوقف عليه صـــدق الكلام أو صحته . فالاقتضاء هو الطلب. وحين يقال دلالة الاقتضـــاء فإن هذا يعنى أن صحة الكلام أو صدقه تستدعى وجود حكم أو لفظ آخر .

ومثال ذلك :

١- قوله تعالى : { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ } وصحة الكلام تقتضى وجود لفظ آخر هو " أكل" .

٢- مـــا تـــنص عليه المادة ٤٣٤ مدنى من أنه : " إذا وجد فى المبـــيع عجز أو زيادة .... " فلكى يفهم معنى الكلام لابد من تقرير لفـــظ " مقـــدار" ليستقيم صحة الكلام ، فيكون " إذا وجد فى مقدار المبيع عجز أو زيادة " .

٦٥- تدرج دلالات التفسير :

المعـــنى الـــذى يستخلص من عبارة النص له الصدارة فى قوة التفســـير ، ويلـــيه المعـــنى الذى يستلخص من إشارة النص ثم من اقتضـــاء الـــنص ولهذا التفاوت فى القوة أثره عند التعارض ، فإذا تعارض الحكم الثابت بالعبارة مع الحكم الثابت بالإشارة مثلا رجح الأول على الثانى .

ومن أمثلة ذلك أن المواد ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧ من القانون المدنى القديم تدل بطريق الإشارة على اختصاص المحاكم الأهلية بالفصل

فـــى قضايا النفقات . غير أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلـــية نصـــت علـــى أنه ليس لهذه المحاكم أن تنظر فى مسائل الـــزواج وما تعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، وهذا يدل بطريق العـــبارة على عدم اختصاص تلك المحاكم بقضايا النفقة. وعلى هذا يـــرجح الحكم المستفاد من عبارة النص على الحكم السابق المستفاد من الدلالة .

(الحالـة الثانيـة من حـالات التفسير)

(حـالة النص المعيب)

٦٦ـ العيوب التى يمكن أن تشوب النص :

يكون النص معيبا فى إحدى حالات أربع هى :

١- إذا وقع فيه خطأ مادى أو معنوى .

٢- إذا كان فيه غموض .

٣- إذا كان فيه نقص .

٤- إذا كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع أحكام نصوص تشريعية أخرى .

ونعرض لهذه الحالات فيما يلى .

١- الخطأ المادى والمعنوى :

الخطأ فى صياغة النص هو خطأ غير مقصود يقع من المشرع عند وضع النص .

وهـذا الخطـأ قد يتخذ إحدى صورتين . الأولى ، أن يذكر فيه لفـظ مكان لفظ آخر . والثانية ، أن يغفل وضع لفظ كان يجب أن يوجد .

ومـثال الصـورة الأولى ما تنص عليه المادة ١٠٨٨ مدنى من أنه: " لايجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى " .

ووجـــه الخطأ فى هذا النص أنه ذكر كلمة "قيد" . إذ المفروض أن يؤخـــذ الاختصـــاص أولا ثم يقيد ثانيا . فإذا اشترطنا أن يكون المدين مالكا للعقار وقت القيد لأفاد ذلك أنه لايشترط أن يكون مالكا له وقت أخذ الاختصاص ، أى أن الاختصاص يؤخذ على مال غير مملوك للمدين ولذلك يجب أن تستبدل كلمة (أخذ) بكلمة (قيد) .

ومن ثم فلفظة " قيد " قد وردت خطأ بدلا من لفظة أخذ[١].

ومثال الصورة الثانية ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٦٧٦ مدنى من أن : "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمـــال والطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء " فإن لم يقصد بها اشتراط أن يكون الممثلون الـــتجاريون جوابين ، وإنما قصد بها سريان أحكام عقد العمل على الممثليـــن التجاريين وعلى الجوابين فسقط سهوا حرف (الواو) بين كلمتى التجاريين والجوابين .

٢- غموض النص :

يعنى الغموض أن يكون أحد ألفاظ النص يحتمل أكثر من معنى أو تحتمل عبارته أكثر من معنى واحد .

وفـــى بعـــض الأحيان يكون النص فى جملته هو الذى يحتمل المعنيين فيقال إنه نص غامض .

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٠٥ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٤٣٢ .

ومـثل غموض اللفظ الواحد لفظ " الليل" الوارد بالمادة ٣١٧ عقوبـات ، فقد جعل منه المشرع ظرفا مشددا لمن يسرق أثناءه . فثار الخلاف حول المقصود من هذا اللفظ ، وهل هو المعنى الفلكى الـذى يـبدأ من غروب الشمس إلى شروقها ، أم هو الليل بالمعنى المـتعارف علـيه أى الفترة التى يسود فيها الظلام حتى ولو تأخر بدؤها عن غروب الشمس وبكرت نهايتها شروقها .

وقـد ذهبـت أحكـام القضاء فى أول الأمر إلى الأخذ بالمعنى الأخـير معتـبرة اللـيل الفترة التى يخيم فيها الظلام فعلا ، إذ هى الفـترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد ، نظرا لما يبعثه الظلام فى نفـس الناس من الرهبة ونظرا لما يهيئه الظلام للجانى من تسهيل ارتكاب الجريمة [١].

غـير أن محكمة النقض لم تأخذ فيما بعد بهذا التفسير ، وأخذت فى تحديد الليل بمعناه الفلكى[٢] .

---

(١) مصر الابتدائية ١٩٠٤/١١/٣٠ – دشنا الجزئية ١٩٠٤/٧/١٧– الدكتور محمـود مصطفى قانون العقوبات – القسم الخاص ص ٣٩٤– الدكتور رءوف عبـيد جـرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال طبعة سادسة ١٩٧٤ ص ٣٨٣ .

(٢) طعـن جـنائى ٢١٢٣٦ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٤ – طعن رقم ١٢٣٦ لسـنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١/٦ – طعن رقم ٧٨٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٢ .

ومـــثل غموض العبارة كلها ما ورد فى المادة ١٥٢ مدنى قديم مـــن إلزام السيد " بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم " .

فإن هذه العبارة الأخيرة كانت تحتمل اشتراط وقوع الضرر فى حـــدود تنفـــيذ التعليمات التى أصدرها السيد لخادمه ورسم له منها واجـــباته ، كمـــا تحتمل الاكتفاء بوقوع الضرر فىالوقت أو المكان المخصـــص لـــتأدية وظيفة الخادم أو بمناسبة تأدية هذه الوظيفة أو بسببها .

٣- النقص :

النقص يكون إذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضبا لايتضمن كل ما يجب ذكره .

مـــثال ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى القديم التى كانت تنص على أنه : " تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده، ظاهـــرا بنفســـه أو بوكـــيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متوالـــيات بصـــفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لاتحصل له الملكية إلا إذا وضـــع يده مدة خمس عشرة سنة " . فهذا النص يقضى بأن من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه، ملكـــه بالتقادم القصير بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع .

ولـــم يذكـــر الـــنص شرطا آخر لاتقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، إذ التملك بالتقادم القصير لابد فيه من حســن النــية ، ويجــب علـــى المفســـر أن يكمل مثل هذا النص الناقص[١].

٤- التعارض فى النصوص :

قـــد يكـــون التعارض بين أحكام التشريع الواحد أو بينها وبين أحكام تشريع آخر ، يحتاج إلى رفعه .

وقـــد يـــتأتى التعارض بين نصوص من درجات متفاوته ، وقد يتأتى بين نصوص من درجة واحدة.

وفـــى الحالة الأخيرة قد يكون أحد النصين المتعارضين سابقا على الآخر ، وقد يكونان قد صدرا فى تاريخ واحد .

ومـــثل الحالة الأخيرة ، التعارض الواقع بين المادتين ١١٠٠، ١١١٣ من التقنين المدنى . فقد نصت المادة الأولى على أنه : "إذا رجـــع المـــرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لايقصد به انقضاء الرهن.." وجعلـــت بذلك من رجوع المرهون إلى حيازة الراهن قرينة قانونية علـــى قصد المرتهن النزول عن الرهن ، أى قرينة ملزمة للقاضى إلـــى أن يثبـــت المرتهن عسكها ، فى حين أن المادة ١١١٣ نصت

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٤٣ .

على أن : " ينقضى حق الرهن الحيازى ... إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق .... ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشئ المرهون .... " ومؤداها أن تخلى الدائن باختياره عن الشئ المرهون يصلح أن يعتبر قرينة قضائية على قصد النزول عن الرهن ، أى قرينة متروك تقديرها للقاضى بمعنى أنها غير ملزمة له فيجوز أن يأخذ أو أن لا يأخذ بها حسبما يرى دلالتها فى ظروف الواقعة المعروضة عليه [١].

٦٧- تفسير النص المعيب :

إذا شاب النص عيب أو أكثر من العيوب السالفة الذكر، وجب تفسيره وبيان مقصود المشرع الحقيقى من وضعه .

وفى سبيل هذا التفسير يسلك المفسر وسائل متعددة حتى يمكن رفع العيب . وقد يحدث أن يكفى سلوك واحد منها ، كما أنه كثيرا ما يلجأ المفسر إلى هذه الوسائل المختلفة يعززها ببعضها بعضا .

هذه الوسائل هى :

١- تقريب النصوص بعضها من بعض :

يستطيع المفسر أن يفهم معنى اللفظ الغامض بتقريبه من باقى ألفاظ النص، كما يستطيع أن يجلو غموض النص كله بتقريبه من النصوص الأخرى [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٤٧ ومابعدها .

ذلـــك أن أى قاعدة قانونية لاتبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها مـــن القواعـــد القانونـــية ، بـــل إن الترابط وثيق بين كافة القواعد القانونـــية فـــى النظام القانونى الواحد . فالنصوص التشريعية تكمل بعضها بعضا ، فبعضها يخصص ما جاء عاما فى إحداها وبعضها يفسر مجملها وبعضها يقيد ما أطلقه البعض ، كما أن منها ما ينسخ الآخر .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" تفســـير نصوص الدستور يكون بالنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا ، بحيث لايفسر أى نص منها بمعزل عن نصوصـــه الأخـــرى ، بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها بفهم مدلوله بما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض " .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٩)

ومـــثال هـــذا التعارض ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٣١ مدنى من أن لاتصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجـــر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش فى حقه نفسه لا فى حق من يليه من المســـتحقين ، فإنه يمكن الاستدلال على صحة إجارة الوقف بالغبن الفـــاحش ولـــو كـــان المؤجر غير المستحق الوحيد على أن يلتزم المســـتأجر بـــتكملة الأجـــرة وذلك بتقريب الفقرة الأولى من الفقرة الثانـــية مـــن المادة ٦٣٢ التى تجرى على أن : " وإذا أجر الناظر

الوقف بالغبن الفاحش ، وجب على المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل وإلا فسخ العقد " [١].

٢- الأعمال التحضيرية :

الأعمال التحضيرية هى مجموعة الوثائق الرسمية التى صحبت تحضير التشريع كالمذكرة الإيضاحية للتشريع ومناقشات الهيئات التى قامت بتحضيره والمناقشات البرلمانية والتقارير ... الخ .

وهى تبين مقصود المشرع من وضع التشريع وتفسر ما غمض من أحكامه ، وتوضح المصدر التاريخى الذى استمد منه .

والأولى مراجعة جميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بتشريع معين بحسب ترتيب وضعها ، وتتبع الفكرة الواحدة فى جميع مراحل تكوين التشريع للوصول إلى النتيجة النهائية التى استقر عليها الرأى والتى يصح اعتبار النص معبرا عنها .

فمثلا بالنسبة للمثال الذى ذكرناه سلفا على الخطأ الوارد فى المادة ١٠٨٨ مدنى والتى تتكلم عن أخذ حق الاختصاص . لو رجعنا بصدده إلى الأعمال التحضيرية لوجدنا أن المادة ١٥٢١ من المشروع كانت توجب على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه ، ومن ثم كان يستوى أن يشترط المشرع ملكية المدين للعقارات التى يؤخذ

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٩ وما بعدها .

الاختصاص عليها وقت إصدار الأمر أو وقت القيد . غير أن نص المـادة ١٥٢١ سـالف الذكـر قد حذف من المشروع وترتب على حذفه إمكان وقوع فاصل زمنى بين صدور الأمر وبين قيده ، فكان إذن يتعيـن اسـتبدال كلمة " أخذ" بكلمة " قيد" ولكن ذلك لم يحدث فبقيت كلمة " قيد " من قبيل السهو [١].

غـير أنه يلاحظ أن الأعمال التحضيرية كثيرا ما تشتمل على آراء شخصـية لواضع مذكرة إيضاحية أو لعضو فى هيئة ، فيجب الـتحرز مـن الاعـتماد على هذه الآراء باعتبارها دليلا على نية المشرع[٢].

ومـثال ذلـك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الخـاص بالمجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ فى صـدد رفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة من القول بأنه : " مما لاحاجة إلى ذكره أن الحكم المشار إليه لاينطبق على الذين يكونون قـبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا ولايسوغ إرجاعهم تحت الوصاية " .

فقـد اعتبر هذا التفسير رأيا شخصيا لواضع المذكرة ولم يؤخذ به، بل أخذ بعكسه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٨٥ .

(٢) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٩٢ .

ومــن هــذا القبيل أيضا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنــى الجديــد تعلــيقا على المادة ٤٠٩ فقرة ثانية منه من أن : "الإقــرار المركــب لايتجزأ موصوفا كان أو غير موصوف ، بل يتعيــن على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره " ، مع أن المــادة المذكــورة تنص صراحة على أن : " لايتجزأ الإقرار على صــاحبه إلا إذا انصــب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لايســتلزم حــتما وجــود الوقــائع الأخرى " أى أنها تجيز تجزئة الإقرار المركب فى بعض الأحوال .

ومــا ورد فــى المذكرة ذاتها فى باب الإقرار من أنه لايجوز العــدول عــن الإقرار إلا بسبب غلط فى الواقع ، إذ أن هذا القول يتعارض مع نص المادة ١٢٢ مدنى جديد التى تسوى صراحة بين الغلــط فى الواقع والغلط فى القانون بوجه عام ولم يرد فى التقنين الجديد نص يستثنى الإقرار من هذه القاعدة (١).

٣- المصادر التاريخية :

المصدر التاريخى هو المصدر الذى استقى منه المشرع النص التشريعى . فإذا وجد بالنص عيب أمكن إزالته عن طريق الرجوع إلى التفسير السائد فى النظام القانونى الذى استقى منه النص .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٦٤ وما بعدها .

والتقنيــن المدنـــى الجديد مصادره التاريخية هى التقنين المدنى القديم وقضاء المحاكم السابق والشريعة الإسلامية والقانون الفرنسى وبعض القوانين الأجنبية التى استمدت منها بعض النصوص .

ومن أمثلة الرجوع إلى المصدر التاريخى أنه يجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى لتفسير مواد القانون المدنى الخاصة بالشفعة ، وعلم المشـــترى بالمبـــيع علما كافيا ، ومرض الموت ، والأهلية وقاعدة لاتـــركة إلا بعـــد سداد الديون ، وكذلك يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير قوانين الوصية والوقف والميراث .

وتعتبر من السوابق التاريخية أيضا آراء المؤلفين القدماء الذين اهـــتدى بهم المشرع عند وضع القانون . فكثيرا ما يستعين الشراح الفرنســـيون بمؤلفـــات الفقيه " بوتييه " ، لأنه كثيرا ما تأثر واضعو مجموعـــة نابلـــيون بآرائـــه واهـــتدوا بهـــا فى وضع أحكام هذه المجموعة[1].

٤- النص الفرنسى :

كانـــت التقنينات المصرية القديمة توضع باللغة الفرنسية أولا ، ثـــم تترجم إلى اللغة العربية . فكان النص العربى يعتبر هو النص الرســـمى ، ولكن النص الفرنسى وهو الأصل يعتبر عند الاختلاف هـــو الأقـــرب إلـــى التعبـــير عن نية المشرع. كما أن كثرة نزوح

---

(١) محمد على عرفه ص ١٩٣ .

الأجانـــب إلـــى مصـــر وتمتعهم بالامتيازات قديما اضطر المشرع المصرى إلى وضع سائر تشريعاته باللغتين العربية والفرنسية وإلى نشرها فى الجريدة الرسمية بهاتين اللغتين [١].

أمـــا الآن فقـــد تغير الوضع وأصبحت القوانين توضع بالعربية وتدور كل أعمالها التحضيرية بالعربية كذلك .

ومن أمثلة الحالات التى يرجع فيها فى تفسير النص إلى النص الفرنسى ، ما ذكرناه عن نقص شرط الخطأ من عبارة المادة ١٥١ مدنـــى قديـــم[٢] فقد أمكن الاستدلال عليه من النص الفرنسى الذى يقول :

Le dol vice Le consentenment quand les maroeuvres pratiquées contre la partie sont telles que,sans ces manoeu vres elle n' aurait pas consenti .

وكذا نص المادة ٨٩ من قانون التجارة الملغى الذى يقضى بأن الوكـــيل بالعمولـــة يجب عليه أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتـــية ببيع ما لديه من بضائع الموكل سدادا لما يكون مستحقا له طـــرفه سواء أكان مأذونا من موكله بالبيع أم كان غير مأذون به ، فقد أمكن بالرجوع على نصها الفرنسى الجزم بأن المشرع قصد أن استصـــدار الأمر المذكور لا يكون ضروريا إلا إذا لم يكن الوكيل مأذونا بالبيع من موكله .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) راجع ص ١٨٢ وما بعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لـم يخطـئ الحكم إذ قرر أن الوكيل بالعمولة المأذون بالبيع لايجـب علـيه أن يستصـدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية ببيع الأقطـان الـتى فـوض فى بيعها ذلك أنه إذا كان ثمة غموض فى الـنص العـربى للمـادة ٨٩ من قانون التجارة فإن هذا الغموض يوضـحه الـنص الفرنسى لهذه المادة الذى لايدع مجالا للشك فى صحة ما ذهب إليه الحكم فى هذا الخصوص" .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٥- تحديـد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص :

يلجـأ إلى هذه الوسيلة إذا شاب النص عيب التعارض. فتحديد درجة النص يمكن من إزالة التعارض عن طريق تغليب الحكم الذى يتضـمنه التشـريع الأعلـى درجة طبقا لما ذكرناه فى موضعه ، وتحديـد تـاريخ النص يؤدى إلى تغليب الحكم الذى يتضمنه النص الأحـدث إذ يعتبر النص القديم منسوخا ، وكذلك يؤدى تحديد صفة الـنص وبيان إذا كان نصا عاما أو خاصا إلى تغليب حكم وإهمال الآخـر .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة الثانية) .

٦- الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما :

العلـة هـي الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم ، وهى تدور وجودا وعدما مع النص .

ولايجـوز إهدارهـا للأخذ بحكمة النص ، وهى المصلحة التى يريد تحقيقها من الحكم أو المفسدة التى يراد دفعها .

فالقاعدة القانونية تقرر حكما لعلة تبرر هذا الحكم . فعندما تنتفى العلة فى فرض من الفروض ، لما كان هناك محل لاقتضاء الحكم . فـإذا كانت الخمر محرمة لأنها تذهب العقل ، فإن المخدرات تكون كذلـك لـنفس العلة ، ولا محل لتحريم السجائر لانتفاء العلة بها . وكذلك لو أن شخصا استخدم الخمر فى طهو بعض الأطعمة ، فإن علة التحريم تكون غير قائمة لأن الكحول سيتطاير فى الطهو، ولن يترتب على تناول الطعام غيبة العقل وبالتالى فلا تحرم [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام القانونية تدور مع علـتها لا مـع حكمتها ومن ثم لايجوز إهدار العلة وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص وهو ما شرع الحكـم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها . وأنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٥ .

المحكمـــة منه ، إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عــن طريق التأويل . لما كان ذلك وكانت عبارة نص المادة ٦٠٦ مــن القانون المدنى عامة مطلقة بحيث تتسع لكافة ورثة المستأجر المتوفى بما تجيزه لهم من الاستمرار فى الانتفاع بالمكان المؤجر ، وكانت المادة ٦٠٢ لم تخص فئة معينة منهم بالحق فى الانتفاع دون فـئة أخــرى ، فــإن قصر تطبيقه على الحالات التى يمارس فيها الــوارث ذات حرفة مورثه ، يعتبر تقييدا المطلق النص وتخصيصا لعمومـــه بغــير مخصص وهو ما لايجوز ، ومن ثم يكون من حق ورثة المستأجر البقاء فى العين المؤجرة لمورثهم إن رغبوا فى ذلك دون اشتراط احتراف أيهم لذات حرفة المورث " .

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦)

٧- النص المطلق يؤخذ على إطلاقه :

الأصـــل أن النص المطلق يؤخذ على إطلاقه تحقيقا للعلة التى كانت الباعث على وضعه .

ولايجوز تخصيصه بغير مخصص .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ وردت عبارة " مسألة فرعية " بالمادة ٢٠ من القانون ٩٠ لســنة ١٩٤٤ بصــفة عامة مطلقة بحيث يشمل جميع المسائل الفرعــية التى عناها الشارع فى قانون المرافعات ، فإن قصر هذه المســائل بدعــوى تقصـــى حكمة التشريع على الدفوع أو الطلبات

العارضـــة التى قد يفصل فيها قبل الفصل فى الموضوع أو المسائل الفرعــية التى يحتاج بحثها لجهد من المحكمة – يكون تقييدا لمطلق الــنص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ذلك أنـــه متى كان النص صريحا جليا قاطعا فى الدلالة على المراد منه فــلا محــل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملــته وقصـــد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ".

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

٢- " تــنص المـــادة ٣/٩ من المعاهدة الخاصة بتوحيد بعض القواعــد المتعلقة بسندات الشحن على أنه " يمكن للقوانين الوطنية الاحــتفاظ للمدين بحق الوفاء بالنقود الوطنية طبقا لسعر القطع يوم وصول السفينة إلى ميناء تفريغ البضائع المقصودة " . وقد انضمت مصـــر إلى هذه المعاهدة وصدر مرسوم بالعمل بها ابتداء من ٢٩ مــايو ســنة ١٩٤٤ . وإذ يمتنع طبقا للقوانين المصرية الوفاء فى مصـــر بغــير العملة المصرية ، وكان نص المادة السالفة الذكر إذ قــرر حساب العملة الوطنية على أساس سعر الصرف يوم وصول الســفينة إلى ميناء التفريغ قد جاء عاما مطلقا ولم يفرق بين الوفاء الفورى والوفاء المتراخى لأجل كما لم يفرق بين الوفاء الاختيارى والوفـــاء الإجــبارى وذلك بقصد وضع معيار ثابت لسعر الصرف يسهل تحديده وهو يوم وصول السفينة إلى ميناء التفريغ وإن مضت

بيـــنه وبين الوفاء فترة طويلة ، فإن مؤدى ذلك أن تبرأ ذمة الناقل من التزامه إذا وفاه بنقود وطنية على هذا الأساس " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٦)

٢- " مفاد نص المادتين الأولى والرابعة عشر من القانون رقم ١١ لســنة ١٩٧٥ بإصدار قانون تصحيح أوضاع العاملين بالدولة والقطاع العام ، أن المشرع قصد بالعاملين المخاطبين بأحكام المادة (١٤) سالفة الذكر العاملين الذين يسرى فى شأنهم القانون رقم ٣٥ لســنة ١٩٦٧ وهم العاملون بوزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلـــية والهيـــئات العامة ، وكذلك العاملون بالقطاع العام ممـــن طبقـــت عليهم أحكام هذا القانون الأخير فى هذه الجهات قبل التحاقهم به ، يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ كانت قد استثنت هذه المادة من نطاق سريانه على العاملين بالقطاع العام ثم حذف هذا الاستثناء عند صياغة البند (ب) مـــن المادة الأولى المشار إليها ، مما مفاده عدم جواز قصر نطاق المـــادة ١٤ مـــن هذا القانون على فئة العاملين بوزارات الحكومة ومصـــالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة دون العاملين بالقطـــاع العام ممن طبق عليهم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ وقت أن كانوا يعملون فى إحدى هذه الجهات ، إذ فى ذلك تقييد لإطلاقها وتخصيص لعمومها بغير مخصص وهو ما لايجوز " .

(طعن رقم ٩٩٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٤)

(٨) عدم التوسع فى الاستثناء :

إذا ورد نص على سبيل الاستثناء ، فهذا النص لايجوز التوسع فـــى تفسيره ، فيؤخذ فى شأنه بالتفسير الضيق المحدد الذى يتناسب مع حكمه ، كما أنه لايجوز القياس عليه للتوصل إلى وجود استثناء آخر .

ويســـتدل على أن الحكم استثنائى ، إما من سياق النص ذاته ، وإما لأن الحكم أتى خلاف الأصل .

أمـــا عن الاستثناء بصريح النص ، فنذكر كمثال له استثناء ملك ليبـــيا من حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية بالقانون رقم ١٥ لســـنة ١٩٦٣، مـــثل هذا الاستثناء لايقاس عليه ، فلا يعفى من هذا الحظر ملك أو رئيس جمهورية عربية آخر .

أما عن الحكم الاستثنائى لمخالفته للأصل ، فبيانه أن الأصل فى الإنسان الحرية والأهلية وبراءة الذمة والمساواة مع غيره . وبالتالى فـــإن أى قيد على الحرية يعتبر استثناء . فالنصوص الجنائية التى تنشئ جرائم أو التى تسوئ من مركز المتهم تعتبر استثناء لأنها ترد علـــى خـــلاف الأصـــل ، وبالتالى لايجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها .

فمـــثلا يعاقـــب القـــانون كل من اختلس منقولا مملوكا للغير ، ولايجـــوز للقاضـــى أن يقيس على ذلك ويعاقب من وضع يده على

عقار مملوك للغير بسوء نية وبقصد تملكه . وكذلك تعتبر عوارض الأهلية وموانعها استثناء لمخالفتها للأصل وهو كمال الأهلية . ومن ثـم لايجـوز للقاضى أن يتوسع فى تفسير النصوص المتعلقة بهذه المسائل أو القياس عليها . الشئ نفسه بالنسبة للدين فهو استثناء لأن الأصـل هو براءة ذمة الشخص ، وبالتالى فلا مديونية بغير عقد أو نص قانونى . فليس للقاضى أن يلزم شخصا بالإنفاق على ابن خاله قياسا على التزامه بالإنفاق على والديه أو أخيه ...... الخ[١] .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذ كـان الـنص فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى على تقادم المهايا والأجور بخمس سنوات هو نص استثنائى على خلاف الأصـل العام فى التقادم ، ولايجوز القياس عليه ، وكان الواقع فى الدعـوى أن الطالـب يطلب التعويض عن الأضرار التى أصابته نتـيجة القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، وكانت مسئولية الإدارة عن تلك القرارات مصدرها القانون ، فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لاتسقط إلا بالتقادم العادى، وهو ما لم ينقض بعد ، ويكون الدفع بتقادم الحق بخمس سنوات فى غير محله " .

(الطلب رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق " رجال القضاء" جلسة ١٩٧٧/٢/٣)

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٤ وما بعدها .

٢- " المقـــرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن القوانين المتعلقة بإيجـــار الأماكـــن وتنظـــيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تعد من القوانيـــن الاستثنائية التى تسرى فى نطاق الأغراض التى وضعت لهـــا فيجب تفسيرها فى أضيق الحدود دون ما توسع فى التفسير أو القـــياس علـــى أن يكـــون التعرف على الحكم الصحيح من النص بتقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ".

(طعن رقم ٢٩٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

٣- (أ)- " عملـــية تأجير الشقق مفروشة لاتعتبر بطبيعتها عملا تجاريا ، طالما لم يقترن التأجير بتقديم ضروب من الخدمة الخاصة للمســـتأجر، بحيـــث تتغلب العناصر التجارية المتعددة على الجانب العقـــارى من العملية ، وكانت الصفة التجارية لهذا التأجير لاتثبت حتى ولو كان المستأجر تاجرا ، إلا إذا كان متعلقا بحاجات تجارته وحاصلا بمناسبة نشاطه التجارى ، بحيث لولا هذا النشاط لما وقع العمل ".

(ب)- " النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه " يعتبر تأجير أكثر من وحدة سكنية مفروشا عمـــلا تجاريا " نص استثنائى من القواعد العامة التى تحكم طبيعة الأعمـــال التجارية ، ينبغى عدم التوسع فى تفسيره ، ويلزم إعمال نطاقـــه فـــى حـــدود الهدف الذى ابتغاه المشرع من وضعه ، وهو

إخضــاع النشــاط الــوارد بــه للضــريبة على الأرباح التجارية والصــناعية، يؤيــد هذا النظر أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شــأن تأجــير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر خــلا من مثل هذا النص ، واستعاضت المادة ٤٢ عنه بوجوب قيد عقــد الإيجار المفروش لدى الوحدة المحلية المختصة ، التى عليها إخطار مصلحة الضرائب شهريا بما يتجمع لديها من بيانات فى هذا الشــأن ، حرصــا من المشرع على حصول الدولة على الضرائب المســتحقة ، يظاهــر هذا القول أن المشرع عمد بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية إلى تعديل الفقرة الرابعة مــن المــادة ٣٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فأخضع التأجير مفروشــا للضــريبة ولو انصب الإيجار على وحدة واحدة أو جزء منها " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

(الحالة الثالثة من حالات التفسير)
(حالة عدم وجود نص)

٦٨ـ مضمـون هذه الحالـة :

إذا لـم يجـد الفقيه أو القاضى نصا سليما أو معيبا ينطبق على الحالـة المعروضـة علـيه ، فإنه تجب التفرقة بين المواد الجنائية والمواد المدنية .

ففـى المـواد الجنائية إذا لم يجد القاضى نصا يجرم الواقعة ، وجـب عليه القضاء بالبراءة لأنه لايجوز توقيع عقوبة إلا بناء على نص إذ نصت المادة ٦٦ من الدستور على أن : "العقوبة شخصية. ولاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون .... إلخ " .

ولأن النصـوص الجنائـية لايجوز التوسع فى تفسيرها، وليس معـنى ذلـك أنـه يجب التضييق فى تفسيرها إلى حد الوقوف عند معناها اللفظى أو معنى العبارة ، وإنما معناه أنه يجب فى تفسيرها البحـث عـن حقيقة قصد المشرع من واقع عبارته وفحواها وعدم مجاوزته، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النصوص المدنية الاستثنائية .

أمـا فـى المـواد المدنـية الأخرى ، فيجب الاهتداء إلى حكم القانون، عن طريق القياس.

والقياس هو إعطاء حكم منصوص عليه لفرض آخر لاتحاد علة الحكم فى الفرضين ، فهو يفترض بالضرورة أركانا ثلاثة : فرضا

أعطـــاه المشــرع حكما معينا ، وفرضا لم يضع له المشرع حكما، وتوافــر علـــة الحكم الأول فى الفرض الثانى ويقال للفرض الأول "الأصـــل " أو المقــيس علــيه ، ويقال للفرض الآخر " الفرع" أو المقــيس ولكــى يمكــن إعطاء حكم الأصل ؛ فرع يجب أن تتوافر الشــروط الآتــية ، وهــى علــى طائفتين ، طائفة خاصة بالأصل وأخرى خاصة بالفرع :

١- أن يكون لحكم الأصل علة يمكن إدراكها ، إذ القياس ينبنى علــى توافــر علة حكم الأصل بالنسبة للفرع ، وإذا فإذا لم يتيسر معــرفة علة حكم الأصل فلا يمكن القول بتحققها فى الفرع . فمثلا حــدد القــانون سن الرشد بإحدى وعشرين سنة وهو تحديد لايمكن إدراك علــته علــى وجه التعيين . ومن ثم لايمكن القياس على هذا الحكم .

٢- ألا يكــون حكم الأصل خاصا به لأنه لو كان خاصا به فإن هــذا الاختصاص يفيد أن حكم الأصل أمر استثنائى وليس متفقا مع القواعــد والأصول . والاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع فى تطبيقه، أو كمــا يقــول فقهاء الأصول " ما ورد على خلاف القياس فعليه لايقاس " .

٣- أن يكون الفرع مساويا للأصل فى علة الحكم . فإذا لم يكن كذلــك كان هناك فارق بين الإثنين فيمتنع القياس . ومن المعلوم أن القياس مع الفارق غير جائز .

٤- ألا يكون قد نص على عدم خضوع الفرع لحكم الأصل، إذ حينئذ يصطدم القياس مع نص صريح مع أنه لايجرى إلا عند عدم وجود نص[١] .

٦٩ ـ صور القياس :

القياس ما هو إلا دلالة المفهوم ، والمفهوم قد يكون مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة .

(أ) مفهوم الموافقة :

مفهوم الموافقة يفترض وجود نص تدل عبارته على حكم واقعة لعلة اقتضت هذا الحكم ، ووجود واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فى علة الحكم أو أولى منها ، وسمى هذا المفهوم بمفهوم الموافقة لأن حكم الفرع يوافق حكم الأصل .

- وفى هذه الصورة يثبت حكم النص للواقعة الأخرى .

وإذن فمفهوم الموافقة له حالتان ، الأولى تساوى العلة أو اتحادها فى الأصل والفرع ، والثانية ظهور العلة فى الفرع عنها فى الأصل .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٤ وما بعدها .

الصورة الأولى :

القياس العادى :

إذا تساوت العلة أو اتحدت فى الأصل والفرع سمى القياس بالقياس العادى .

فالقياس يتحقق هنا حين تتوافر علة الحكم للفرع بنفس القدر الذى توافرت فيه بالنسبة للأصل .

ومثال ذلك ما يأتى :

١- ما تقضى به المادة ٦٩٧ مدنى من أنه : " لاينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل .... " فهذه المادة لم تتكلم عن الحالة التى يحجر فيها على رب العمل لجنون أو عته ، ومع ذلك فيشملها حكم النص بمفهوم الموافقة لاتحاد العلة .

٢- ما تنص عليه المادة ٧١٩ مدنى من أن :

" المودع عنده لايجوز له أن يستعمل الوديعة إلا بإذن المودع.." فيفهم من هذا النص بطريق مفهوم الموافقة أنه لايجوز له أن يرهن الوديعة أو يقوم باستغلالها .

الصورة الثانية :

القياس من باب أولى :

وهى الصورة التى تكون فيها علة الحكم فى الفرع أوضح من توافرها فى حالة الأصل ومن ثم يكون من الأولى تطبيق الحكم على الفرع .

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى :

١- مـــا يستفاد من نص المادة ٢٣٧ عقوبات ، الذى يقرر أن :
"من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بهـــا يعاقب بالحبس (أى عقوبة الجنحة) بدلا من العقوبة المقررة فـــى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ " أى بدلا من عقوبة الجناية " – من أن
الـــزوج لـــو ضرب زوجته فى هذه الحالة ضربا أحدث بها عاهة مســتديمة تعتـــبر جريمـــته جنحة لا جناية لأن هذا أولى من القتل بالتخفيف .

٢- ما يستنبط من نص المادة ١١٤١ فقرة أولى (ج) من التقنين المدنـــى الذى يقرر حق امتياز عام للنفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة . من أن نفقة الزوجة أيضا ، وهى لاتدخـــل فـــى مدلـــول لفـــظ الأقارب بمعناه الاصطلاحى ، تكون مضـــمونة بامتـــياز عام على جميع أموال زوجها لأن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأرقاب .

٣- ما تنص عليه المادة ٢٧٤ عقوبات من أن المرأة المتزوجة الـــتى ثبـــت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين لكن لـــزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .
فيفهم من دلالـــة هذا النص أن للزوج أن يطلب إيقـــاف السير فى دعـــوى الزنى قبل الحكم فيها ، لأن من ملك وقف تنفيذ الحكم بعد صدوره ملك الأول وهو وقف إجراءات الدعوى .

٧٠- (ب) مفهوم المخالفة :

يفــترض مفهــوم المخالفة وجود نص على حكم فى محل مقيد بقــيد، فيكون المحل الذى تحقق فيه القيد هو منطوق النص ، والذى انتفى عنه القيد هو مفهومه المخالف . وتكون للنص دلالتان: دلالـــة على حكمه فى منطوقه ، ودلالة على خلاف هذا الحكم فى مفهومه المخالف [١].

ومثال ذلك :

١- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٣ مدنى من أنه : " إذا عيــن مــيعاد للقــبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضـــى هذا الميعاد " . فالحكم المستفاد من عبارتها هو عدم جواز العــدول عن الإيجاب ، ومحله الإيجاب مقيدا بأن يكون محددا فيه مــيعاد للقــبول . فــإذا انتفى هذا القيد ، كان المفهوم المخالف هو الإيجــاب الــذى لــم يعيــن فيه ميعاد للقبول ، وحكمه عكس حكم المنطوق أى جواز العدول عنه .

٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٧ مدنى من أنه : " إذا هلك المبيع قــبل التســليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ... " والاستنتاج بمفهوم المخالفة يقودنا هنا إلى القول بأنه إذا

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٠ – أحمد سلامه ص ٢٠٤ .

هلك المبيع بعد التسليم فإن البيع لاينفسخ ولايرد الثمن إلى المشترى، فحكم فسخ البيع ورد الثمن إلى المشترى مرتبط بعدم التسليم إلى المشترى . أما لو كان التسليم قد تم فإن الشرط لن يتوافر وبالتالى يثبت للحالة المسكوت عنها عكس حكم الحالة المنصوص عليها [١].

ويراعى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة كثير الخطورة ، لأن حكم المنطوق قد يكون واردا على سبيل التمثيل أو إشارة إلى حكمة خاصة لايتوافر عكسها فى المفهوم المخالف ، فلا يصح الأخذ به.

ومثل ذلك أن ما تنص عليه المادة ٤٢١ مدنى من أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، فلا يصح أن يفهم منها أن البيع على أى شرط آخر كشرط المذاق مثلا أو شرط الرؤية يكون بيعا باتا ولايعتبر معلقا على شرط واقف .

وكذلك المادة ٦٣١ مدنى التى تنص على أن لاتصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش فى حق نفسه لا فى حق من يليه من المستحقين ، فإن حكم مفهومها المخالف بطلان إجارة الوقف التى تصدر بغبن فاحش من ناظر

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٩ .

لـيس هو المستحق الوحيد . ولكن الواقع أن المشرع لم يقصد حكم البطلان فى هذه الحالة ، وإنما قصد أن الإجارة تكون صحيحة على أن يلزم المستأجر بتكملة الأجرة إلى أجرة المثل [١].

٧١ ـ المبادئ والنظريات العامة للقانون المصرى :

إذا استعصـت علـى القياس الحالة المعروضة على القاضى ، وجـب علـيه أن يرتفع فوق النصوص درجة أخرى ليستنبط منها المـبادئ الأساسية التى قامت عليها ، أو ليبنى على أساسها نظرية عامـة تتسع لشمول الحالة المسكوت عنها فى جنباتها . وسبيله إلى ذلـك عقلـه وقواعد المنطق . ويمكن القول إلى حد ما أن القاضى يشرع فى هذه الحالة ، أى أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء ، ولكنه لـيس مطلق الحرية فى هذا الإنشاء ، ولايجوز له أن يتخذه وسيلة لجعـل آرائـه الشخصية قواعد قانونية إلا بالقدر الذى تتفق به هذه الآراء مع المبادئ التى يمكن استخلاصها من النصوص التشريعية باعتبار أنها المبادئ التى صدر عنها المشرع .

وهـذا العمل الإنشائى يمر بمرحلتين : مرحلة استنباط ومرحلة تفـريع ، ففى الأولى يرتفع القاضى فوق النصوص القائمة ليستنبط مـنها المبدأ العام صعودا ، وفى الثانية يفرع على هذا المبدأ قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٢ .

ويبين من ذلك أن القول بأن القاضى يشرع فى هذه الحالة أو أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء قول فيه كثير من التجوز ، إذ الواقع أن القاضى لايخلق القاعدة القانونية خلقا ، وإنما يقتصر دوره على استنباط قاعدة معينة من القواعد والمبادئ المقررة فى القانون الوضعى [١].

ومن أمثلة ذلك فى القانون المدنى القديم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التى بنتها المحاكم على أساس المادة ١١٢١ مدنى فرنسى .

فإن هذه المادة تنص على أن العقد لايفيد أجنبيا عنه إلا أن يكون أحد المتعاقدين قد اشترط لنفسه ولأجنبى فى الوقت ذاته أو يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير .

وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص – فيما استثناه- إلى المبدأ العام الذى لابد أن يكون المشرع قد صدر عنه فى هذا النص وهو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير .

غير أنه يجب فى الأخذ بهذه الطريقة مراعاة غاية الحذر من الاسترسال مع قواعد المنطق التى تحمل المفكر على أن يحلق بعقله فى القضاء بعيدا عن ظروف الحياة العملية . فيستنبط النتائج من

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٣ – محمد على عرفه ص ١٩٦ ومابعدها .

مقدماتها بطريقة آلية حسابية بقطع النظر عما يترتب عليها من أثر في هذه الحياة . إذ أن القانون هو قبل كل شئ تنظيم للحياة العملية على الوجه الذى يحقق الخير العام ، فيجب أن ينزل المنطق القانونى فيه على حكم الاعتبارات العملية وأن يضع نفسه فى خدمتها ، لا أن يعتبر نفسه حاكما بأمره بفرض قواعده على الناس دون التفات إلى ما يلائم حاجتهم[١] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٥ .

(المصدر الثانى من مصادر التشريع)

(العرف)

٧٢- المقصود بالعرف :

العرف هو اطراد سلوك الأفراد على اتباع سلوك معين أو سنة معينة لاعتقادهم بأن هذا السلوك أو هذه السنة يجب القيام به لاعتقادهم بأنه سلوك أو سنة ملزم .

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلكا معينا إزاء مناسبة معينة ، ويقلده غيره فى هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة ، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ويربط بينه وبين مناسبته ، ثم يصبح فى الأذهان أن هذا السلوك لاخيار فيه وحينئذ يتكون العرف، الذى هو اعتياد ملزم ، وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القانون غير المكتوب [١].

٧٣- أركان العرف :

ذكرنا سلفا أن العرف اعتياد يعتقد الناس فى ضرورة اتباعه . ومن هنا يبرز ركنان هامان من أركان العرف ، **الأول** : ركن مادى وهو اطراد العمل بسلوك معين . **والثانى** : ركن معنوى . يتلخص فى الشعور بالإلزام .

ونعرض لهذين الركنين بالتفصيل فيما يلى :

---

(١) أحمد سلامه ص ١٤١ ومابعدها - رمضان أبو السعود ص ٤٧٥ ومابعدها .

الركن الأول :

الركن المادى :

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف إنما يتكون أولا من العمل بسلوك أو سنة معينة واطراد العمل بهذا السلوك أو هذه السنة وتواتره .

وفى جميع الأحوال فإن تحقق الركن المادى ليس رهنا بإجماع أفراد الجماعة المنشئة للعرف على اعتبار أن الإجماع مستحيل تحققه. لذلك يكفى لاكتمال الركن المادى صدوره بأوصافه السابقة من الغالبية العظمى (الساحقة) لأعضاء الجماعة المنشئة للعرف ، وفى هذه الحالة ينسب العرف لكل الجماعة كما أنه يلزم كل أفرادها[1].

والاطراد يفيد أمورا ثلاثة هى : القدم والثبات والعموم .

أما القدم ، فيتطلب أن تكون قد مضت مدة طويلة على اتباع الناس مسلك أو سنة معينة ، بحيث لا تكون بدعة جديدة أو نزعة غير مستقرة. على أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفى ألا يتذكر جيل معين متى نبت أول مسلك والأمر متروك

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٠ .

على أية حال لقاضى الموضوع، فهو الذى يقرر أن مسلكا معينا قد استقر فى المجتمع ، وأنه ليس نزعة عابرة[1] .

ومسألة القدم نسبية أيضا تتعلق بطبيعة العلاقة القانونية ، فمثلا العرف الذى يتكون بخصوص مسألة متعلقة بوراثة عرش يكفى فيه تكــرار ســوابق قلــيلة لأن وراثة العرش واقعة لا تحصل إلا فى فترات متباعــدة ولذا يكفى أن يحصل التكــرار فى الحالات التى كان

---

(١) حســن كــيره ص ٢٧٤ وما بعدها نعمان جمعه ص ٢٠٥ – ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص ٦٤ وبعدها إلى أنه يجب التمييز فى هذا الشرط بين نوعين من العرف هما : العام وهو العرف السارى فى جميع أنحــاء الإقلــيم – والمحلى السارى فى جهة معينة من ذلك الإقليم وأن القــاعدة فيما يتعلق بالمدة اللازمة لوجود العرف هى أنه إذا كان العرف محليا وجب أن يكون موجودا من عهد لاسبيل إلى تذكره . أما فى حالة العــرف العــام فليس هناك محل لاشتراط مثل هذا الشرط ، فيكفى أن تكــون القــاعدة قد استقرت نهائيا بصرف النظر عن مدة بقائها . إذ أن اشــتراط الأقدمــية فى العرف المحلى مرجعه ضيق المنطقة التى يسود فيها، فى حين أن العرف العام يستمد من مجرد انتشاره حجية تغنى عن اشــتراط القدم الأزلى . ويرى أنه لايلزم لكى يكون العرف المحلى قوة ملزمة فى القانون المصرى بقاؤه خلال مدة معينة . فلا يلزم من يتمسك بوجود عرف معين إثبات وجوده من عهد لاسبيل إلى تذكره ، بل إنه إن اســتطاع أن يثبت أنه كان قائما خلال مدة معقولة – ولنقل عشرين سنة مــثلا سابقة على وقت رفع الدعوى – فإنه ذلك ينهض دليلا كافيا على قدم عهده يجب أن يثبت الخصم عكسه إن شاء أن ينقضه .

مــن الممكــن مــراعاته فيها بحيث يكون دليلا على أن العقيدة أو الامتناع العام قد تكون[١] .

وقــد لاحظ البعض أن العادات الزراعية تحتاج فى تكوينها إلى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية [٢].

أمــا الثــبات ، فيــتحقق بالــتكرار والتواتر بما يفيد الاستقرار والثبات فى شأن السلوك المتبع ، بطريقة لا خروج فيها ولاتناقض من جانب من لهم مصلحة فى إنكار العرف .

أما العموم ، فالمقصود به أن يكون المسلك أو السنة مراعاة من الغالبــية الساحقة من الأشخاص الذين يتصور فى مجتمع معين أن يعنــيهم الأمر الذى جرى فى شأنه هذا المسلك أو هذه السنة . ولا يقصــد بذلــك أن تكون العادة شاملة كل البلد ، إذ قد تكون خاصة بإقلــيم معيــن أو بمديــنة معينة أو حى واحد أو بطائفة معينة من الأشــخاص أو بــأهل حــرفة أو مهــنة ومع ذلك تتوافر فيها صفة العمــوم. فالعــادة قــد تكون شاملة أو محلية وقد تكون طائفية أى خاصة بمن يزاولون مهنة أو حرفة معينة [٣].

---

(١) الدكتور محمد طلعت الغنيمى أصول علم القانون طبعة ١٩٥٥ ص٦٨.
(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٧٩ – سليمان مرقس ص ٢٨٥ هامش (٣).
(٣) ســليمان مرقس ص ٢٨٤ – الدكتور محمد طلعت الغنيمى أصول علم القانون ١٩٥٥ ص ٦٨ وما بعدها .

الركن الثانى :

الإلزام :

لايكفـــى لـــتكون القـــاعدة العرفية وجودها المادى كسنة يطرد اتـــباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود ركن معنوى أو نفســـى ، بأن يسير الناس على العادة لاعتقاد راسخ لديهم بأنهم ملـــزمون بالسير عليها وأن عدم سيرهم ينطوى على مخالفة لقاعدة قانونية .

وهـــذا الاعتقاد لايتكون طفرة واحدة وإنما يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس ، ثم يرسخ فإذ بغالبية الناس تدركه . وهذا ما يـبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافرا أو غـــير متوافر، فالمسألة مسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو تـــرى ، كما يبرر من ناحية أخرى القول فى وقت معين بأن هذا الاعتقاد لم يتكون. ثم القول فى وقت تال عليه بأنه قد تكون . على أنـــه حيث تتفق الغالبيـــة العظمى على أن هذا الاعتقاد متوافر فإنه لايكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية [١].

٧٤ ـ العادات الاتفاقية :

العادات الاتفاقية ، هى اعتياد الناس فى مجال معين على اتباع حكم معين فى معاملاتهم دون الشعور بإلزام هذا الحكم . فهى عادة

---

(١) أحمد سلامه ص ١٤٤ – سليمان مرقس ص ٢٨٧ .

لـــم تـــرتفع إلى مستوى العرف أى إلى مستوى القاعدة القانونية ، وذلـــك لعدم توافر العنصر المعنوى . وليس ثمة ما يمنع من تحول العـــادة الاتفاقية فيما بعد إلى عرف إن توافر لها العنصر المعنوى، أى إن ساد الشعور بإلزامها [١].

وهـــى تسمى اتفاقية لأنها لاتتمتع بأية قيمة إلزامية إلا إذا اتفق عليها الأطراف . وهذا الاتفاق قد يكون صريحا بالنص عليه ضمن بـــنود العقد وقد يكون ضمنيا يستدل عليه من ظروف التعاقد . ومن الظـــروف التى يستدل بها على الاتفاق الضمنى ، استناد المتعاملين فـــى مجـــال معيـــن وفى منطقة معينة على حكم العادة وكذلك عدم الاتفـــاق على خلاف هذا الحكم أو عدم تنظيم المسألة التى تحكمها العادة ... الخ .

ومـــن **أمثلة العادات الاتفاقية** ما يجرى عليه التعامل فى بعض المدن من أن المستأجر يتحمل ثمن المياه ، وما يجرى عليه التعامل عـــند بـــيع بعـــض أنواع الفاكهة والموالح من احتساب المائة مائة وعشـــرة أو مائـــة وعشرين ، وما يجرى عليه التعامل من إضافة نســـبة معيـــنة إلـــى الثمن على سبيل الوهبة (البقشيش) ، وإن كان

---

(١) نعمـــان جمعـــه ص ٢٠٦ وما بعدها - عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٥ .

البعض يرى أنه فى الحالة الأخيرة لم يعد الأمر مجرد عادة بل إن الشعور بإلزامها قد وجد ، فتحولت إلى عرف [١].

وتوجز الفروق بين العرف والعادة الاتفاقية فيما يلى :

١- العــرف قانون يلزم المتعاقدين علما به أو جهلا ، ولا يقبل مــن الــناس الاحــتجاج بالجهل بأحكامه إلا بالقدر الذى يقبل فهم بالنســبة للاحتجاج بالجهل بالتشريع ، أما العادة فلا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا عليها فى العقد سواء كان الاتفاق صريحا أو ضمنيا .

٢- يطبق القاضى العرف من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسك أحد الخصوم بمجرد توافر شروطه .

أما العادة الاتفاقية فهى تدخل فى نطاق الوقائع ومن ثم يجب أن يتمسك بها من له مصلحة فى تطبيقها .

وإذ تمــيزت العــادة الاتفاقــية عن العرف من حيث أنه يجب لانطــباقها أن تتجه إلى الأخذ بها إرادة الطرفين ، فإنه تتميز أيضا عــن القــاعدة المكملة فهذه الأخيرة تطبق ما لم يوجد اتفاق يقضى باســتبعاد حكمها . ومن ثم فإن شرط تطبيق العادة أمر إيجابى هو أن يــتفق الطــرفان على الأخذ بحكمها ، فى حين أن شرط تطبيق القــاعدة المكملــة أمــر سلبى هو عدم اتفاق الطرفين على استبعاد

---

(٢) أحمد سلامه ص ١٦٢ – محمد طلعت الغنيمى ص٧٣ .

حكمهـــا . وإذا نحن قلنا إن العادة التى يحيل عليها المشرع ويبنيها علـــى الرضا المفترض تعتبر عادة وليست قاعدة قانونية ، فإن هذا القـــول يـــؤدى إلـــى قيام فارق آخر بين العادة والقاعدة المكملة ، فـــتعطى أولوية التطبيق للأولى متى وجدت . فضلا عن أن العادة تعتـــبر مـــن الوقائع فيجب إثباتها بينما القواعد المفسرة أو المكملة قانون لايحتاج إلى إثبات .

٤- يخضـــع القاضى فى تقديره لقيام العرف وفى تطبيقه لرقابة محكمـــة النقض ، إذ يجب أن يبنى القاضى حكمه بوجود العرف أو بنفيه على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها .

أمـــا العـــادة فـــلا تخضـــع لهذه الرقابة لا فى وجودها ولا فى انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها ، فتلك من المسائل التى تـــتعلق بـــالواقع . غير أنه لما كانت العادة بمثابة شرط فى العقد ، فإنـــه مـــتى ثبـــت رضا الطرفين بالأخذ بحكمها فلا يجوز للقاضى الانحراف عنها (مادة ١٥٠ مدنى) [(١)].

٧٥- هل يشترط ألا يخالف العرف النظام العام أو الآداب ؟

يشـــترط ليتحقق للاعتياد مقوماته كركن مادى للعرف ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب فى الجماعة ، وهو ما تظهر أهميته فى خصوص العرف الطائفى . أما العرف الشامل فهو بالضرورة متفق

---

(١) أحمد سلامه ص ١٦٤ .

والـــنظام العام باعتبار أن الجماعة التى أنشأته هى التى تساهم فى تحديد مضمون النظام العام ولايتصور أن ينشأ عرف يتعارض مع ماتعتقده متفقا مع النظام العام (١).

ولكن قد يترتب على العرف تغير المبدأ الذى يتكون منه النظام العـــام والآداب . ومـــثال ذلـــك شرعية عقد الوساطة فى الزواج . فاعتـــياد الناس عليه أدى إلى تطور النظام العام وتغيير مضمونه . وهـــذا الوضـــع يختلف عن بقاء النظام العام على ما هو عليه، ثم اعتياد الناس على مخالفته، فهنا تكون العادة غير مشروعة (٢).

٧٦ـ هل يجوز إلغاء العرف للتشريع ؟

تنص المادة الثانية من التقنين المدنى الجديد على أنه : "لايجوز إلغـــاء نـــص تشـــريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

ومعـــنى هـــذا النص أن التشريع لايلغيه إلا تشريع لاحق سواء كان ذلك الإلغاء صريحا أو ضمنيا .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٠ وما بعدها – نعمان جمعه ص ٢٠٥ – محمد طلعت الغنيمى ص ٦٩ .

(٢) نعمان جمعة ص ٢٠٥ .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى فى هذا الشأن : " وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضـــى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق "[١].

فـــإذا كـــان العرف لايلغى التشريع ، فلا يجوز له أن يخالفه ، ولابد له من أن يتقيد به [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

وهـــذا المبدأ مطلق بالـ سبة لنصوص التشريع الآمرة ما يحمى مـــنها مصـــالح خاصة ، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ١٩٦ .

(٢) محمـــد على عرفه ص ٦٦ – حسن كيره ص ٢٩١ وما بعدها- أحمد سلامه ص ١٤٥ ومابعدها .

ولا نقــر – مع البعض [١]– ما يذهب إليه رأى فى الفقه[٢] من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لاتقل عن النصوص الآمرة الأخــرى تعلقــا بالنظام العام فلا يجوز الترخيص فى مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أمــا مايــراه بعــض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصــة للنصــوص التشريعية الآمرة فقول لايمكن التسليم به على إطلاقــه . إذ لا يمكــن بحال من الأحوال – والمبدأ هو تقدم مرتبة التشــريع علــى العرف – تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القــانون الــتجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصــوص . إنمــا كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفــة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمر ، إذ الواقع أنــه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليــب للعــرف على التشريع . ذلك أن الأمر لايعدو مجرد تحديد نطــاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة

---

(١) حسن كيره ص٢٩٢ – رمضان أبو السعود ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) الدكــتور عــبد الرزاق السنهورى والدكتور حشمت أبو ستيت أصول القانون ١٩٥٠ ص ٩٣ – سليمان مرقس ص ٣١٧ وما بعدها .

في هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه، لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص . فحيث لاتوجـد قواعـد خاصـة فى المسائل التجارية ، لايبقى مناص من الـرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة للأفراد. ووجود عرف تجارى معناه وجـود قـاعدة قانونـية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن وذلـك عملا بالمادة الثانية من القانون التجارى الجديد التى تقضى في فقرتها الأولى بأنه : "تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بيـن المتعاقديـن ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القـانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عـادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى " . وبذلك لايقوم تـنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى ، إذ مع وجـود مـثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة [١].

---

(١) حسن كيره ص٢٩٢ومابعدها– رمضان أبو السعود ص٥٠١ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٦ ومابعدها.

فإذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته إذن إلى القانون المدنى- إذ لا محل لتطبيق القانونى المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة – وإنما تقاس مرتبته فقط إلى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمـــرة – كما هو المبدأ العام – بحيث لايجوز له مخالفتها أو إلغاؤها .

وعلـــى أى حـــال فالمشرع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى بتغليب العرف التجارى – فى المجال التجارى- على النص المدنى الآمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص مـــن الأصـــيل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م١٠٨) وعلـــى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجمـــوع الفوائد على رأس المال ، يكون دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية (م٢٣٢) .

وقد قضت محكمة النقض – بصدد القواعد الآمرة – بأن :

١- " .. وكانت إشارته (أى الحكم) إلى العرف التجارى فى أسبابه لم يكن المقصود منها تغليب هذا العرف على أحكام القانون الآمرة وإنما كان ذلك منه بيانا لما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود مماثلة للعقد موضوع النزاع ، دون أن يكون فى ذلك ما يخالف أحكام القانون ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تكييف العقد ومخالفة القانون يكون على غير أساس" .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- " ... أما إشارته فى أسبابه إلى العرف التجارى فلم يكن المقصود منها تغليب أحكام هذا العرف على أحكام القانون الآمرة، وإنما كان ذلك – بعد أن نفى عن العقود وصف الرهن استنادا إلى ما استخلصه من نصوصها- بيانا لما جرى عليه العرف من التعامل على أساس هذه العقود التى تخالف شروطها أحكام القانون، وأنه تنفيذا لهذه الشروط بيع قطن الطاعن بالبورصة حسب السعر

الجـــارى بــيعا لايشوبه أى غش أو تدليس ، لما كان ذلك ، يكون النعى على الحكم بمخالفة القانون على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١) [(١)]

وإذا كـــان العــرف لايملــك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمــرة ، فهــو يملــك مخالفــة نصوص التشريع المكملة لإرادة المتعاقدين [(٢)].

إذ هـــى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجــوز نشوء عرف مخالف لها فى الجماعة . ولذلك يعنى المشرع ·

---

(١) وقـــارن طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ إذ جاء به : "إنه وإن جـــرى عـــرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها المحـــامى قـــبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه ، فان محكمة الـــنقض لاتستطيع بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها فى تقويم المعوج مـــن الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة فى تطبيقه أو فى تأويله وأن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون ، فتمد اختصاصها إلى حقوق جديدة موضوعية صرفة بين المحامى الذى حضر أمامها وموكله فتضلع بهـــا فحصـــا وتحقيقا على ما تسير به محكمة الموضوع المختصة ، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها " .

(٢) حســـن كـــيره ص ٢٩٤ ومابعدهـــا – رمضان أبو السعود ص ٥٠٤ ومابعدها .

بالتنبــيه فــى كثــير من النصوص المكملة إلى أن هذه النصوص لاتسرى إذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتــان ٤٥٦ ، ٤٥٧ مــن التقنيــن المدنـــى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع " مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

ومـــا تـــنص عليه المادة ٤٦٤ من أن " نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك " .

وغـــنى عـــن البـــيان أن العرف إذا كان يملك مخالفة نصوص التشـــريع المكملـــة ، فـــلا تحمـــل هـــذه المخالفة معنى إلغاء تلك النصوص.

فقـــيام عـــرف مخالف لتلك النصوص إنما يحمل محمل اتفاق الأفـــراد وتراضيهم على خلافها . فلا يكون له من الأثر إلا مجرد اســـتبعاد تطبيقها دون الامتداد إلى إلغائها ، إذ العرف – كما رأينا سلفا– لايملك إلغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه .

٧٧- دور العرف فى النظام القانونى :

العـــرف قـــد يكمل التشريع وقد يعاونه وقد يعارضه ونعرض لذلك فى التفصيل فيما يلى :

(أ) العرف المكمل للتشريع :

هـذا هو الدور الذى حددته المادة الأولى من القانون المدنى إذ قضت بتطبيق العرف إذا لم يوجد نص فى التشريع وهو ما عبرت عـنه مذكـرة المشروع التمهيدى بقولها : " الواقع أن العرف هو المصـدر الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضـى مباشرة إن افتقد النص " . وإذن فالعرف يكمل النقص فى أحكام التشريع سواء كان هذا النقص مقصودا أم غير مقصود ، فقد يمتـنع المشـرع عمدا عن وضع حل لمسألة معينة ويترك العرف يحكمهـا . وقد يكون هذا الترك سهوا يتأتى عن عدم تنبه المشرع إلـى مسألة معينة ، كما يحدث أن تجد مسألة بعد صدور التشريع فلا يكون فى مقدور المشرع أن يعالجها . وواضح أنه فى كل هذه الفروض لا مناص من الالتجاء إلى العرف لتكمل أحكامه ما نقص فى أحكام التشريع .

ومن الأمثلة التى تعمد فيها المشرع ترك مسألة لحكم العرف ما تـنص علـيه المـادة ٢٣٣ مدنى من أن : " الفوائد التجارية التى تسـرى علـى الحسـاب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهـات ، ويتـبع فـى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى "[١] .

---

(١) أحمد سلامه ص ١٤٩ ومابعدها .

علـــي أن النقص فى التنظيم التشريعى لايتأتى بنفس الدرجة فى كافـــة فروع القانون ، ومن ثم فإن دور العرف – وهو مرتبط بهذا الـــنقص – قد يتزايد فى فروع ويتضاءل فى فروع أخرى . وذلك على التفصيل التالى :

١- فروع القانون الدولى العام :

بالنســبة للقـــانون الدولـــى العام ، يحتل العرف مكانة كبرى ، ويعتـــبر أهـــم مصادره الرسمية . وذلك لعدم وجود سلطة مشرعة تعلـــو الـــدول فإن هذه الدول تسير فى معظم الأحيان على القواعد العرفية .

ويـــتكون العـــرف الدولى من اضطراد سير الدول فى علاقاتها المتـــبادلة علـــى نحو معين أى على مسلك معين . وطالما كان هذا المســـلك عامـــا ، التزمـــت الدول فى الجماعة الدولية بالسير على مقتضاه وأصبح ملزما لها .

وقد نصت على ذلك المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية بقولهـــا : " العـــادات الدولـــية المرعية تعتبر قانون دل عليه تواتر الاستعمال "[١].

٢- القانون الدستورى :

يتضـــاءل الدور الذى يلعبه العرف فى القانون الدستورى للبلاد التى يكون دستورها جامدا ، كما هو الحال فى مصر. وذلك بعكس

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١١ .

بعكس البلاد ذات الدستور المرن فإن دور العرف يعتبر دورا رئيسيا ومثال ذلك انجلترا إذ يعتبر العرف مصدرا رئيسيا للقانون الدستورى .

ومن أمثلة ذلك فى مصر ، ما كان يبرر به بعض الفقهاء حق السلطة التنفيذية فى إصدار لوائح الضبط والبوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك .

وما كانت تنص عليه المادة ٤٣ من دستور ١٩٥٦ التى تحمى حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية فى مصر على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافى الآداب .

٣- القانون الإدارى :

يعتبر العرف مصدرا رسميا للقانون الإدارى يتلو التشريع فى المرتبة .

ويقصد بالعرف الإدارى هنا ، ما جرت عليه جهات الإدارة فى علاقاتها ببعض أو مع الأفراد ، واطرد سيرها عليه .

ويعزى ذلك إلى أن قواعد هذا الفرع غير مقننة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن العرف إنما يعتد به إذا لم يكن ناشئاً عن خطأ فى فهم القانون . والعرف الإدارى تعبير اصطلح على إطلاقه على الأوضاع التى درجت الجهات الإدارية اتباعها فى مزاولة نشاط

معيـن لهـا . وينشـأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسـير علـى سـنتها فى مباشرة هذا النشاط ، أن تصبح بمثابة القـاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة . ويشـترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان (١) أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة بصورة منتظمة، فـإذا أغفـل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذى جرت علي مقتضاه الإدارة إلـى مستوى العرف المزم للإدارة (٢) ألا يكون العرف قد نشـأ مخالفـا لنص قائم . وقد نص الشارع على العرف كمصدر رسـمى للقانون غير أنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتـبة الثانية بعد التشريع . ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصا قائماً . ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ من خطأ فى فهم القانون لايمكن التعويل عليه " .

(طعن رقم ١١٧٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤)

٤- القانون الدولى الخاص :

مـن الملاحظ أن معظم قواعد القانون الدولى الخاص قد نشأت نشأة عرفية قبل أن تصدر فى شكل تشريعات داخلية .

ومن أمثلتها القاعدة التى تقضى بخضوع شكل العقد لقانون بلد الإبـرام ، وقـاعدة خضـوع المـيراث فى المنقول لقانون موطن المتوفى .

والعـــرف قـــد يكون داخليا ، وقد يكون دوليا ، فالقاضى إذا لم يجد نصا فى التشريع كان عليه أن يرجع إلى العرف الداخلى ، فإن لـــم يجد فيرجع إلى العرف الدولى ، وهو العرف المستقر فى كثير من الدول والذى يشهد به قضاؤها الوطنى أو القضاء الدولى .

وقد أقر المشرع المصرى صراحة الرجوع إلى العرف الدولى فـــى مسائل القانون الدولى الخاص حين نص فى المادة ٢٤ مدنى علـــى أن : " تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص " [١].

٥- القانون التجارى :

بالرغم من كثرة التشريعات الصادرة فى المواد التجارية ، فلا يـــزال للعرف أهمية خاصة فى القانون التجارى تتجاوز أهميته فى أى فـــرع آخر من فروع القانون ، وذلك لقصور هذه التشريعات- برغم كثرتها – عن الإحاطة بتنظيم كل العلاقات التجارية، ويرجع ذلـــك إلى كثرة هذه العلاقات وتنوعها وتجددها وتطورها . كما أن النصوص التجارية قد تتنحى أحيانا قصدا عن تناول بعض المسائل تاركة إياها للعرف .

ومـــن **أمثلة القواعد العرفية التجارية** ، افتراض التضامن بين المدينيـــن ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١٠ ومابعدها .

مـــن المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن لايفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م٢٧٩ مدنى) .

وكذلـــك جـــواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد فى الحساب الجـــارى وتجاوز مجموع الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى).

وكذلـــك مـــبدأ تطهير الدفوع واستقلال التوقيعات فى الأوراق التجارية .

وكذلـــك الاكتفاء بإنذار المدين بخطاب عادى بدلا من ضرورة إعذاره بورقة من أوراق المحضرين .

٦- قانون العقوبات :

لـــيس للعـــرف فى قانون العقوبات - بوصفه مصدرا رسميا- أدنـــى نصـــيب نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات ، إذ يقضى مبدا شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر الـــتجريم والعقـــاب فى نصوص القانون : فتحديد الأفعال التى تعد جـــرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها ، كل ذلك من اختصاص الشارع وليس للقاضى شأن فى ذلك، وكل ما له هو تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص فى هذا الشأن .

وتحرص الدساتير عادة على النص على هذا المبدأ ، كالدساتير المصرية المتعاقبة – تأكيدا وكفالة للحريات العامة . وهو ما يقرره الدستور القائم فى المادة ٦٦ منه التى تنص على أنه : " لاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " [١].

وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه لايكون أمام القاضى إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء إلى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب .

ولئن كان العرف لايملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فإنه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على الجريمة يكون الالتجاء إلى العرف مقصورا على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيرى [٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية بأن :

" لاجدوى من القول بأنه لاتوجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على اليمين فى اجتياز الميادين ويدور حولها ، فإن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٧٨ وما بعدها .

(٢) حسن كيره ص ٢٩٧ .

دائمـــا . ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات إذ هـــذه اللائحـــة تـــنص على أنه لايجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفـــية يـــنجم عـــنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته " .

(طعن رقم ٢٩٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٦)

ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحـــة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض إلى العرف إلا لتفســـير هـــذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته . ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحـــة . ومن هنا لم يكن الرجوع إلى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا إليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة أصلا [١].

ولئـــن كان العرف لايجوز أن يكون مصدرا لقاعدة من قواعد التجريم ، إلا أنه يصلح أن يكون مصدرا لقواعد الإباحة [٢].

٧- القانون المدنى :

لـــيس للعـــرف نصـــيب وافر فى القانون المدنى ، وإن كانت النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا .

---

(١) حسن كيره ص ٢٩٧ هامش (٣) .

(٢) راجـــع فـــى التفصـــيل الدكـــتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٨٤ ومابعدها .

ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنية ما يأتى :

١- أن أثاث منزل الزوجية ملك للزوجة المسلمة ، وذلك على اعتبار ما جرى عليه العمل فى مصر - بالنسبة لزواج المصريين- من قيام الزوجة بتجهيز أثاث منزل الزوجية من مهرها (وهو ملك لها) أو من مال والديها أو من مالها الخاص .

ومــع ذلــك فهذه قرينة بسيطة حيث يجوز للزوج أو لغيره من ذوى المصلحة إثبات عكسها [١].

٢- أن المرأة تظل محتفظة بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج . بينما يجرى العرف فى كثير من الدولــة الغربية وخاصة فى فرنسا - على اكتساب الزوجة - إلى جوار لقبها الأصلى - لقب الزوج بمجرد الزواج [٢].

٣- أن الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "دوطة" أى بائــنة تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحــياة الزوجــية هــو اتفاق ذو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تتصرف إليه إرادة عاقديه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها ، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام .

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٠٨- حسن كيره ص ٢٩٦ .

(٢) حسن كيره ص ٢٩٦ ومابعدها .

وقـد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٥٢/٦/١٢ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ ق بأن :

" الاتفــاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "دوطة" بائنة ، تســلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجــية هــو اتفاق ذو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامـــة ولما تتصرف إليه إرادة عاقديه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها ، فيما لامخالفة فيه لقواعد النظام العام، وإذن فمــتى كــان العــرف بيــن أفراد الطائفة التى ينتسب إليها المتخاصمان على فرض جواز تطبيقه بلا قيد ، يقضى حسبما يبين مـــن أوراق الطعن بعدم قبول دعوى الزوج بخصوص الدوطة بعد مضـــى أكــثر مـــن عشر سنوات من وقت انعقاد الزواج ، وكان المطعـــون علــيه قد تسلم من الطاعنة المبلغ المطالب به بعد انعقاد الــزواج بأكثر من عشر سنوات ، فإن اعتبار الحكم المبلغ المذكور مـــع ذلك ، من البائنة دون الاعتبار بدلالة الوصولات الصادرة من المطعـــون علــيه وحقــيقة مـــا اتجهت إليه إرادة الطرفين فى هذا الخصـــوص، هو قصور يعيبه ويستوجب نقضه ، كما يعيبه قصور آخـــر إذ أغفــل الاعتــبار بمـــا جاء بعقدى شراء العقارين من أن الطاعـــنة كسبت بها ملكية النصف فيهما خالية من أى قيد ذلك بأن انتقال الملكية فى العقار وكذا إنشاء أى حق عينى عقارى لايكون إلا

بالتسجيل . ولما كان الحكم قد اطرح هذا الأصل استنادا إلى أن ما تملكـــه الطاعنة فى العقارين يعتبرا جزءا من البائنة وأن للمطعون عليه حق حبس حصتيها فيهما وحق الانتفاع بغلتهما مدى قيام الحياة الزوجـــية دون أن يعتد بدلالة العقدين المشار إليهما ودون أن يكون لقضـــائه سند من القانون أو من عقد مسجل منشئ للحقوق المقضى بها ، لما كان ذلك كان الحكم باطلا بطلانا يستوجب نقضه " .

٤- ما قضت به محكمة ملوى الجزئية بتاريخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١ بأنـــه من المسلم أنه فى حالة عدم النص أو غموضه يجب تطبـــيق مـــبادئ العدالة المطلقة . وتطبيقا لهذه القاعدة وتمشيا مع العرف الذى له أيضا قيمته ، يجوز للمهدى فى حالة عرس أو مأتم أن يطالب من أهداه برد مقابل ما أهداه له فى هذه الظروف[1] .

٥- جـــرى القضـــاء فـــى مصر على وجود نيابة ضمنية من الـــزوجة لزوجها فى إدارة أملاكها وتصريف شئونها ، وقد تأثرت المحـــاكم فـــى هذا ولاشك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الـــزوجة دفـــة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها.

---

(١) راجـــع فـــى هذا أيضا سليمان مرقس ٣١٢ - رمضان أبو السعود ص ٥٠٨ - أحمد سلامه ص ١٥٢ .

إلا أن محكمـــة الـــنقض ذهبـــت فى قضائها إلى أن مجرد قيام علاقـــة الزوجية لا ينهض دليلا على إنابة الزوجة الضمنية لزوجها مـــا لم يقم فى وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة، أى أنها أوجبت أن يقوم عليها الدليل ، وتركت تقدير وجود هذه الوكالة الضـــمنية لـــتقدير القاضى (أنظر نقض طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦، ٣٧٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤، ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ المنشور فى مجلد عقد الهبة – عقد الصلح – عقد الوكالة) .

(ب) العرف المعاون للتشريع :

وهـــنا يلجـــأ إلـــى العـــرف عند تطبيق التشريع ، فيكون نص التشـــريع موجودا ، ولكن هذا النص يأتى مقتضبا فيستعان بالعرف لضـــبط تطبيق النص فيقال إن التشريع يدعو العرف لمعاونته . فقد يحدث فى الصياغة المرنة أن يترك المشرع ضبط ألفاظها أو حتى ضـــبط الفكـــرة ذاتهـــا إلى العرف . وقد يحدث أن يلزم المشرع القاضـــى بالـــتعرف علـــى إرادة المتعاقديـــن ويصرح له فى ذلك بالاستعانة بالعرف .

ومـــن أمثلة معاونة العرف التشريع لضبط لفظ معين ما تنص علـــيه المـــادة ٢/١٤٨ مدنى ، فهى تقول : " ولايقتصر العقد على إلـــزام المـــتعاقد بمـــا ورد فـــيه . ولكـــن يتناول أيضا ما هو من

مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". ولاشـك أن كلمـة " مستلزماته" كلمة مرنة ترك التشريع تحديدها للعرف الذى يحدد مستلزمات الشئ فى كل حالة على حدة .

وكذلـك مـا تـنص عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه : " يشمل التسليم "تسليم المبيع" ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهـة وقصد المتعاقدين " . فهنا يساعد العرف فى تحديد "ملحقات البيع " وفى تحديد " ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ " (١).

وفـى بعـض الأحـيان تكون عبارة العقد غامضة وهنا يتولى القاضى تفسيرها وهو فى تفسيره يجب أن يتعرف على النية المشتركة للمتعاقديـن ويصرح له القانون أن يهتدى فى ذلك بحكم العرف إذ تـنص المـادة ٢/١٥٠ مدنـى على أن : " أما إذا كان هناك محل لتفسـير العقـد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة الـتعامل ، وممـا ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . وفقا للعرف الجارى فى المعاملات " .

---

(١) رمضـان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٨ وما بعدها – أحمد سلامه ص ١٥٣ .

ولعـــل الفرق قد وضح بين العرف المكمل والعرف المعاون . ففى الأول ينظم العرف مسألة برمتها لعدم وجود نص فى التشريع . أما فى الثانى فإن النص يوجد والعرف يضبط تطبيقه .

(ج) العرف المخالف للتشريع :

المقصـــود بالعـــرف المخـــالف للتشريع هنا ، هو العرف الذى يفضـــل حكمـــه علـــى حكم التشريع ، وهو الذى جرى الفقه على تســـميته بالعرف المخالف للتشريع . فمجاله عندما تشترط القاعدة التشـــريعية لتطبـــيقها عدم وجود قاعدة عرفية مخالفة . فعند وجود عـــرف مخالف فإن له أولوية التطبيق ، لا لأنه يتمتع بمرتبة أعلى مـــن مرتـــبة التشريع ولكن لسببين **أولهما** : أن هذه الأولوية أمر المشرع فالقاعدة التشريعية هى التى قضت بتفضيل العرف. أى أنه حتى فى هذه الحالة فإن العرف يؤدى دوره فى نطاق التشريع وفى حدوده .

ثانيهما : أن القاعدة التشريعية لاتطبق ، لأن شرطا من شروط تطبيقها لم يتوافر . هذا الشرط هو عدم وجود عرف مخالف. فعدم تطبـــيق القـــاعدة التشريعية لايرجع إلى أفضلية العرف، وإنما لعدم توافـــر شـــرط من شروط تطبيقها ، فلا محل للتنازع بين قاعدتين إحداهما تشريعية والأخرى عرفية[1] .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢١٢- أحمد سلامه ص ١٥٤ .

وتطبيق القاعدة العرفية يكثر فى نطاق القواعد المكملة ، وإن كان يوجد أيضا فى نطاق القواعد الآمرة .

ففى نطاق القواعد المكملة قد يضع المشرع حكما يمثل القاعدة العامة ويترك للعرف أن يحدد الاستثناءات التى ترد عليها ، كما أنه قد يصرح باستبدال القاعدة العرفية بالقاعدة التشريعية . **ومثال الحالة الأولى** ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى من أنه يكون البائع ملزما بالضمان ... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعدله .

فهذه الفقرة تضع القاعدة العامة فى ضمان العيوب الخفية التى توجد بالمبيع . ثم تأتى المادة ٤٤٨ لتقرر أن البائع لايضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

ومثال الحالة الثانية ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى من أنه : "يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " . وإذن فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد الوقت الذى يدفع فيه الثمن فإنه يدفع فور العقد ما لم يكن هناك عرف قد جرى على أن يدفع بعد ذلك أو قبله .

وفى نطاق القواعد الآمرة قد يصرح المشرع أيضا بأن تعطى الأولوية فى التطبيق لحكم القاعدة العرفية . ومن ذلك ما تنص

علـيه المـادة ٢٣٢ مدنى من أنه[1] : " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضـاها الدائـن أكـثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بـالقواعد والعادات التجارية " . وإذن فإذا اقتضى العرف التجارى أن تـزيد الفوائد على رأس المال أو أن تقتضى فوائد على متجمد الفوائـد فـإن حكم العرف التجارى هو الذى يطبق على العلاقات التجارية .

٧٨- إثبات العرف :

الـرأى الـراجح أن العـرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، والمفـروض أن القاضى يعلم بها وعليه أن يطبقها من تلقاء نفسه ، ولايسوغ له أن يتخذ من عجز المدعى عن الإثبات دليلا على عدم قيام القاعدة العرفية .

غـير أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى مـن معرفة العرف، إذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشـورة . بيـنما العرف لايعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص ممـا يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة . مما يتعذر معه إلزام القاضى بالإحاطة بها إحاطة كاملة ، خاصة وهو غالبا عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجـل ذلـك يكـون للقاضـى أن يتوسل بكل الطرق الموصلة إلى

---

(١) أحمد سلامه ص ١٥٤ ومابعدها .

الوقـوف علـى العرف ، فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قـاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام بإثبات وجودهـا وتحديـد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادر هذا الخصم فيقوم بإثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الإثبات[١] .

ويلاحـظ أن محـل الإثبات فى هذه الحالة وجود قاعدة قانونية جـرى بهـا عرف معين ، فلا يجوز التعويل فيه على الإقرار أو اليميـن لأن القواعـد القانونـية لاتثبت من طريقهما ، وإنما يجوز إثبات العرف من طريق إثبات السوابق العملية أو السوابق القضائية أو عن طريق شهادة أشخاص ذوى خبرة بما يجرى عليه العمل فى نوع العلاقات المدعى نشوء العرف بشأنها [٢].

ويكـون إثبات العرف فى المسائل التجارية عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية، أو من خبير فى المعاملة التجارية الـتى اسـتقر العرف فى شأنها . كما يثبت وجود العرف فى دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصليات فى الخارج[٣].

---

(١) حسـن كيره ص ٢٨١ – رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٥ هامش (٢) – سليمان مرقس ص ٣٢١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٢٢ – رمضان أبو السعود ص ٤٩٤ .

(٣) راجـع مؤلفـنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ص ٤٨ .

وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء . فللمحاكم أن تهملهـــا وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــتى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضـــى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجـــار دون أن تتثبـــت المحكمـــة من قيام ذلك العرف . أو تبين مصـــدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باســتحقاق الأجـــرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون منه يكون معيبا مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- " علـــى مـــن يدعـــى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها ، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها".

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦)

٣- إذا كـــان البـــنك الطاعـــن قـــد تمسك بدفاعه أمام محكمة الاســتئناف أن عقود التسليف بضمان توريد الأقطان هى عقود من نوع خاص يحكمها العرف التجارى دون أن يقدم الدليل على قيام هذا العرف التجارى الذى يحكم تلك العقود ومدى تأثيره فى الفصل فى النزاع فإن النعى يكون عاريا عن الدليل " .

(طعن رقم ٦٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٤)

والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع. وإذ كان الحكـــم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إلـــيها فـــإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

٧٩ ـ لايجـوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض :

إذا لـــم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف فى مســـألة معيـــنة ، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــتى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجـــود عـــرف تجارى يقضى بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلى فإنه لايجوز له أن يتحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٦)

٢- " لمـــا كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهـــات الإداريـــة بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عار من

الدليـل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إلـيه فى تقريره كما لم يرد فى مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦)

٨٠ ـ مدى خضوع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض فى تفسيرها للعرف :

متى قررت محكمة الموضوع وجود العرف فلها أن تفسره وتحدد مدى تطبيقه .

وقد اختلف فيما إذا كانت المحكمة تخضع فى هذا التفسير لرقابة محكمة النقض أم لا .

فذهب رأى إلى أن تفسير محكمة الموضوع للعرف يخضع لرقابة محكمة النقض ، إذ متى أصبح العرف واجب التطبيق اعتبر فى حكم القانون . ومن ثم وجب خضوعه لرقابة محكمة النقض، ويجوز بالتالى نقض الحكم بسبب مخالفته للعرف[١] .

---

(١) الدكتور على الزينى أصول القانون التجارى المجلد الأول سنة ١٩٣٥ ص ٥٦ وما بعدها – الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العربى القانون التجارى ١٩٨٦ ص ٢٧ – الدكتور أحمد محرز القانون التجارى ١٩٩٨ ص ٣٧ .

وذهب رأى ثان إلى أنه إذا كان العرف اتفاقا فلا شأن لمحكمة النقض به أما إذا كان قانونيا فيجب إخضاعه لرقابتها . وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها بهذا الرأى [١].

وذهب رأى ثالث إلى أنه لارقابة لمحكمة النقض فى هذا الصدد، إذ لا يعتبر العرف قانونا حتى يمكن أن يكون خاضعا لرقابتها، ثم أن تدخل محكمة النقض فى شأن العرف يؤدى حتما إلى تثبيته وتوحيده ، مع أنه من الخير أن يترك العرف يتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان . وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى فى كثير من أحكامها [٢].

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى فى حكم حديث لها – غير منشور – ذهبت فيه إلى أن :

" القواعد والعادات التجارية . شأنها شأن العرف من مسائل الواقع التى يتأكد بالتثبت من قيامها وتفسيرها قاضى الموضوع . عدم خضوعها لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد القاضى عن تطبيق عادة ثبت لديه قيامها " .

(طعن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/٤/١٤)

وعندنا أن الرأى الثانى يتفق وطبيعة العرف القانونى والاتفاقى.

---

(١) مشار إليه فى مؤلف الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ٥٢ .

(٢) راجع محسن شفيق ص ٤٢ ومابعدها – الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القانون التجارى المصرى الجديد الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠ ص ٣١ .

المصدر الثالث من مصادر التشريع
(مبادئ الشريعة الإسلامية)

٨١ ـ المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية :

رأينا أن المصدر الثالث من مصادر التشريع الرسمية هو مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذ أوضحت المادة الأولى من التقنين المدنى أنه إذ لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذ لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويطبق ذلك على المسلمين وغيرهم كالمسيحيين واليهود[1].

وعلى ذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية اعتبرت مصدرا رسميا احتياطيا للقانون [2].

---

(١) ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لايعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية . فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية .

(٢) وكان المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى يكتفى بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر غير الرسمية كالفقه والقضاء وقد قالت مذكرة المشروع التمهيدى فى ذلك : "على أن القاضى يستلهم فى هذا الشأن الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية . والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا التعميم لاتعدو أن تكون تقنينا لما جرت عليه المحاكم المصرية منه عهد بعيد ، فهى تستشهد بآراء المصريين والأجانب من الفقهاء وبالقضاء الوطنى

والمقصـــود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو مبادئ هذه الشريعة وأصـــولها الكلية وحدها التى لايختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية وأحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها

والأجنـــبى علــــى حد سواء . أما التنويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجديـــد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لابوصفها مصدرا تاريخيا لشق مـــن قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة فى فقـــه القـــانون المقـــارن وسبقت أرقى التقنينات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التعسف فى استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فما أحراها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصرى ولاسيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة فى مذاهبها المختلفة دون عناء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٨٩) .

غـــير أن الدكـــتور السنهورى اقترح فى لجنة مراجعة المشروع تعديلا يجعـــل مـــبادئ الشـــريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع فى الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فوافقت اللجنة على ذلـــك ، وجعلت نص الفقرة الثانية من المادة الأولى ما يلى : " فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجـــد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القـــانون دون تقيد بمذهب معين ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون وقواعد العدالة " .

بـــتفاوت المذاهب والفقهاء [1]، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعـــارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها .

---

(١) كـــان نـــص المشروع النهائى للمادة ١/٢ من التقنين المدنى يقضى بأن يكـــون رجـــوع القاضـــى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصـــوص القـــانون " دون تقيد بمذهب معين " ولكن اعترض فى لجنة القـــانون المدنى بمجلس الشيوخ على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة الإســـلامية دون تقيد بمذهب معين لما تحدثه هذه العبارة من اضطراب فـــى الأحكام لاختلاف المذاهب . وقد وافقت اللجنة على حذف عبارة " الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين " لأن حكمها مفهـــوم فى حدود فكرة الملاءمة . ولم نر محلا للإشارة إلى عدم التقيد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهى لاتختلف باختلاف المذاهب (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ١٩٠ ومابعدها) .

حيـــث لايوجـــد نص ، ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهى الأمر إلى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها مفهوم فى حـــدود فكرة الملاءمة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ١٩١ ومابعدها) .

والملاحـــظ أن المشـــرع أوجـــب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وذلك لأنه رأى فى القانون الطبيعى وقواعد العدالة فكرة غير واضحة [١].

٨٢ ـ النص فى الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع :

كانت المادة الثانية من الدستور القائم الصادر سنة ١٩٧١ تنص علـــى " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشـــريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع" ثم عدلت المادة بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٢ واســتبدلت كلمـــة المصـــدر بكلمة (مصدر) وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

وهذا النص موجه إلى المشرع وليس إلى القاضى فهو يخاطب المشـــرع بـــأن يجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع وبـــأن يجعل ما عداها من المصادر ثانويا . وهذه النتيجة لامحيص عـــنها لأن الأصل أنه لاتدرج بين المصادر الموضوعية أو المادية بـــل الأصل تكافؤها فإذا وصف الدستور واحدا منها بأنه المصدر الرئيســـى فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسى الوحيد ، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٣٤ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٥١٧ .

غير أن التزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع لاينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام .

وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا فى قضائها . وعلى سبيل المثال قضت بتاريخ ١٩٨٩/٥/٢٧ القضية رقم ١٥٠ لسنة ٤ قضائية "دستورية" بأن :

" إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع – بعد تعديل المادة الثانية من الدستور بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠– لاينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال . ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهذا هو مناط الرقابة الدستورية " .

المصدر الرابع للتشريع
(مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالـة)
٨٣ـ ترتيب هذا المصدر :

مـــبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدر احتياطى رابع للقـــانون يلجـــأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا أو لم يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلا للنزاع المعروض عليه ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى على أنه : " فـــإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العـــرف، فـــإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجـــد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " وقد قصد من التجاء القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ألا يمتنع القاضى عن الفصل فى نزاع بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع . فإن فعل ذلك فهو مرتكب لجريمة إنكار العدالة[١].

وقـــد قضـــت محكمـــة النقض بأنه لا محل للرجوع إلى مبادئ القـــانون الطبـــيعى وقواعد العدالة طالما يوجد نص تشريعى يحكم الواقعة .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢١٨ .

" لما كان القاضى وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدنى لايحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها لما كان ذلك وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ومن ثم فلا يقبل التحدى بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى هذا الخصوص . لما كان ذلك وكانت العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطالب لم تطلب من محكمة الموضوع إلزام المطعون عليه الأول رد الثمن الذى دفعته فلا تثريب على الحكم إذا لم يعرض لذلك " .

(طعن رقم ١١٧١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٨/١١/١٩٩٠)

كما ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا محل للرجوع إلى هذا المصدر وغيره من المصادر الأخرى عند عدم وجود النص إلا بالنسبة للحقوق الموضوعية إذ قضت بأن :

" إذا كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائى والمرافعات المدنية وهى المشتملة على الإجراءات والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وكيفية الفصل فى الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لاشأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنتظمة لها ، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا فى مجموعة

المـرافعات المدنـية والتجارية الصادر بها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى ، فإنه لا محل للحاجة فى هذا المجال بما تقضى به المادة الأولى من التقنيـن المدنـــى من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشـــريعى ، باعتـــبار القـــانون الأخـــير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التى تبينها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها، بيـــنما قـــانون المـــرافعات يقرر الوسيلة التى بمقتضاها تؤدى هذه الحقوق ، بحيث تلزم الشكلية كى يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التى نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير " .

(طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢)

٨٤ ـ المقصود بالقانون الطبيعى :

القـــانون الطبـــيعى هـــو مجمـــوع القواعد التى تحكم السلوك الاجـــتماعى للإنسان ، والتى لاتمت بصلة إلى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع ، وإنما مصدرها الإلهام الفطرى السليم والإدراك العقلـــى الصـــائب . فهـــو قانون ثابت لايتغير فى الزمان ولا فى المكـــان، يستطيع الإنسان أن يكشف عنه بالعقل السليم ، وهو بهذا يتمـــيز بخاصـــة فـــريدة ، إذ أن الإنسان يمتاز عن سائر الكائنات بـــالعقل والتفكير ، فى حين تحكم الغرائز الكائنات الحية الأخرى ، فـــالعقل هو الفيصل بين قانون الطبيعة وبين القانون الطبيعى الذى يحكم العلاقات الإنسانية .

ويتمثل القانون الطبيعى أساسا فى الحق فى الحياة وحرمة المساس بها وفى الحق فى الحرية وضرورة توافرها لكل فرد وعن هذين الحقين الأساسيين تتفرع سائر مبادئ القانون الطبيعى .

والقانون الطبيعى بالنسبة للإنسان ناموس فطرى نابع من الذات الإنسانية لايتغير ، لأنه غير مرتبط بالأعراف ولا بالتقاليد المتجددة والمتباينة فى البيئات المختلفة فهو مستودع فى أخلاق البشر منذ الأزل، يتسم بالثبات والشمول والخلود ، بدين له الناس كافة وتلقائيا لمجرد أنهم أناس، دون اعتبار لجنس أو اعتداد بمستوى حضارى أو حسبان لزمان أو مكان .

وهو يتمثل فى صورتين متكاملتين تتناول إحداهما المتطلبات الفردية اللصيقة بالشخص كإنسان . وتنظم الثانية علاقته بالمجتمع ومبناها الشعور بالعدالة وإيفاء كل ذى حق حقه [١].

وعلى ذلك يمكن القول أن القانون الطبيعى هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى . فتشمل مبدأ احترام شخصية الإنسان والوفاء بالعهد المقطوع وتعويض الضرر الذى تسبب من غير حق .

وفكرة القانون الطبيعى والعدالة متقاربتان وهذا ما دعا البعض إلى القول أن القاضى إذا أراد أن يستلهم قواعد العدالة وجب عليه

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٣٨ ومابعدها .

أن يــرجع إلى القانون الطبيعى المبدئى ليعرف ما يتفرع عليه من قواعد العدالة التى توافق ظروف الحالة المعروضة عليه ، وهذا ما يفسر استناده إلى كلا الأمرين كذلك [١].

٨٥ـ قواعد العدالة :

العدل– فيما ثبت عليه من معنى قديم– هو إحدى الفضائل التى تتلخص فى إعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له ، وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام .

فــالعدل ينقسم إلى عدل خاص ، وعدل عام والعدل الخاص هو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفرادا ، وهو يقوم على أساس مــن المســاواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كــيان مســتقل فــتقوم علاقات الأفراد إذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

ولمــا العــدل العــام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفــراد والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعــة ، والجماعــة باعتبارها الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمن على الفرد ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٥ ومابعدها .

ولذلــك فــالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمى إلى تحقــيق الصــالح العام ، لا عن طريق إقامة مساواة مطلقة حسابية وإنمــا عــن طريق إقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد – من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة – بالنسبة إلى صالح الجماعة .

وهــذا العــدل العام ، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء .

فالعدل الخاص إذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فــيما ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أســاس مــن الســيطرة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضــاءها ، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

ففكــرة العــدل إذن مــتراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصــفهم أفــرادا (العدل الخاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد– بوصفهم أعضاء فى الجماعة – لخدمة الصالح العام (العــدل العام) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة اســتتبع تــراوح القانون بين مذهبين ينازعانه هما المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى [1].

---

(١) حسن كيره ص ١٦٤ وما بعدها .

ويكفى لصحة الحكم أن يكون قد خلص إلى النتيجة الصحيحة، فــلا يشترط بيان الأسباب القانونية التى استند إليها ، فإن كان ذلك محــلا لــنعى تناولـت محكمــة النقض بيانها ، فلا تلتزم محكمة الموضـــوع بـــأن تبين فى مدونات حكمها أنها أقامت قضاءها على سند من " مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " طالما كان الحكم صـــحيحا . وإن كـــان الأفضـــل التنويه إلى ذلك ، تأصيلا للحكم وتيسيرا على المحكمة التى تنظر الطعن (١).

٨٦ـ تطبـيقات قضائية لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

١ـ الملكية الأدبية والفنية والصناعية :

اعــترف المشـــرع المصـــرى بضرورة حماية الملكية الأدبية والفنـــية والصـــناعيه ، وأشار فى المادة ١٢ مدنى أهلى (المقابلة للمادة ٨٦ من التقنين المدنى الجديد) إلى أن تنظيمها يكون بقانون . إلا أن هـــذا القانون لم يصدر إلا بعد وقت طويل . فوجدت المحاكم نفسها طوال هذه المدة إزاء حالة من حالات انعدام النص ، ولجأت إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة تسد بهما هذا النقص ، وقضت بـــناء علـــيهما بمــا يصون حقوق المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصـــناعية ، إذ ألزمـــت من يعتدى على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عما يلحقهم من أضرار بسبب ذلك .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢١٦ .

٢ـ التعسف فى استعمال الحق :

كانــت الفكــرة الأصــلية فى المسئولية أن من يستعمل حقا له لايســأل عمــا يسببه استعمال هذا الحق من ضرر للغير ، فالمالك لايســأل مثلا إذا أقام جدارا عاليا فى ملكه يحجب به الهواء والنور عــن جــاره ، ولو لم تكن له فائدة شخصية من إقامة هذا الجدار . ورب العمــل إذا استعمل حقه فى فصل العامل لايسأل عما يصيب العامل من ضرر بسبب هذا الفصل ولو كان الفصل فى وقت غير لائــق . فلجــأت المحــاكم أول الأمر إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالــة لتقييد الحقوق بالغرض الاجتماعى الذى وجدت من أجله، واعتبرت استعمال الحق فى غير هذا الغرض إساءة استعمال له أو تعسفا فى استعماله يعتبر فى ذاته خطأ يستوجب المسئولية . فالمالك ورب العمــل كلاهمــا يســأل إذا اســتعمل حقه لا لغرض سوى الإضــرار بغــيره . ثم عادت بعد ذلك وقررت أن نظرية استعمال الحــق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى لا إلى قواعد العــدل والإنصــاف المشــار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٦ ومابعدها .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إن نظـرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المـادة ٢٩ مـن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . فإذا كان الحكم قد أسـس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

٣ – الدوطـة :

نظـرا لخلو القانون المصرى من نص على الدوطة وأحكامها لجـأت المحـاكم فـى شـأنها إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان القانون المدنى المصرى قد خلا من نصوص خاصة بالدوطـة ففـى وسع المحاكم المدنية ، عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيـب المحـاكم الأهلـية ، أن تتبع قواعد القانون العام أو قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف الجارى بين الناس " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧)

٤ ـ المساواة بين عمال صاحب العمل الواحد :

لـم يـرد نـص فى القانون على مساواة عمال صاحب العمل الواحد فى الحقوق ، وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن مساواة عمال

صاحب العمل الواحد فى الحقوق هى قاعدة أساسية ولو لم يجر بها نــص فى القانون تفرض قواعد العدالة إعمالها إذا ما جنح صاحب العمــل إلــى التفرقة بين عماله فى شأن أى حق من حقوقهم بغير مــبرر ، إلا أن هذه المساواة لا تكون واجبة إلا عند تساوى العمال فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمية.

ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الشأن :

" وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه من المقرر- وعلى ما جــرى به قضاء هذه المحكمة- أن المناط فى إعمال مبدأ المساواة وهــى قاعدة أساسية تفرض إعمالها مبادئ العدالة هو منع التفرقة التحكمــية بين عمال صاحب العمل بحيث لا تكون المساواة واجبة بينهم إلا عند التساوى فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمــية وأنـــه لايجوز التحدى بهذه القاعدة للخروج على أحكام القانون ... الخ " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٢)

(راجــع الأحكـــام العديـــدة المنشورة بمؤلفنا موسوعة الفقه والقضـــاء فـــى قـــانون العمـــل الجديد – المجلد الثانى ص ٤٠٧ ومابعدها) .

مــادة (٢)

لايجــوز إلغـــاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة علـــى هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع .

الشـــرح

٨٧ ـ تعريف الإلغاء :

إلغاء التشريع أو نسخه هو وقف العمل به نهائيا أو تجريده من القـــوة الملـــزمة له ، ســـواء كان ذلك الاستغناء عنه نهائيا أم كان لاستبدال غيره به [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقصـــود بإلغـــاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانونى بحكم قـــانونى آخـــر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة " .

(طعن رقم١٧ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١١/٥)

٨٨ ـ الفرق بين إلغاء التشريع وإبطال التشريع :

هناك فرق بين إلغاء التشريع وإبطاله ، فالإلغاء لايرد إلا على تشريع قد استكمل شروط صحته وأركانه الجوهرية ، فيأتى الإلغاء

(١) سليمان مرقس ص ١٧١ – محمد على عرفه ص ١٧٨ ومابعدها .

لا ليطعن في صحة التشريع ، وإنما لإنهاء العمل به ، إما لعدم الحاجة إليه أو لاستبدال غيره من التشريعات . ولذلك لايؤثر الإلغاء فيصحة تطبيق التشريع الملغى، أى أن الإلغاء ليس له أثر رجعى.

أما إبطال التشريع فينصب تشريع لم يكتمل شروط صحته وأركانه الجوهرية ، ويأتى الإبطال لإعدام هذا التشريع واعتباره كأن لم يكن أبدا ، لذلك كان للإبطال أثر رجعى ، أى يقتضى بطلان الآثار التى ترتبت عليه فى الماضى .

ومن أمثلة حالات إبطال التشريع ما يحدث فى تشريعات الضرورة فقد رأينا أن الدستور المصرى فى المادة (١٤٧) يوجب عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . وإذا عرضت فقد لايقرها المجلس فينزل بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون .

ومعنى ذلك أنه إذا قرر المجلس عدم إقرار تشريع الضرورة، فإنه يقضى فى واقع الأمر بإبطاله لتخلف شروط أو أركان صحته، ولذلك يكون لهذا الإبطال أثر رجعى ، وأن المشرع الدستورى قد خفف من هذا الحكم بأن منح مجلس الشعب رخصة اعتماد نفاذ هذا

التشـــريع الـــذى لم يقره فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بشكل آخر [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون (مرسوم التعريفة الجمركـــية) فإن ذلك لايبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة علـــى هـــذا الإلغـــاء بـــل هـــو تأكيد بالتزام العمل بها فى النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق " .

(طعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٦)

والقـــاعدة أن السلطة التى سنت التشريع هى التى تملك إلغاءه . فالتشريع الأساسى لا يملك إلغاء شئ منه إلا الهيئة التى نص عليها الدســـتور وطبقا للإجراءات التى قررها . والتشريع الرئيسى تلغيه السلطة التشريعية العادية بتشريع رئيسى مثله . واللوائح والقرارات تلغـــيها السلطة التى وضعتها بلوائح وقرارات مثلها . وقد تقدم أنه يترتب على تدرج التشريع أن التشريع الأدنى يتقيد بالأعلى . والعكس غـــير صحيح . وكذلك يترتب عليه أن التشريع الأعلى يملك إلغاء الأدنـــى . والعكـــس غير صحيح أيضا . فاللوائح والقرارات مثلا لاتلغى التشريع الرئيسى ولكن التشريع الرئيسى يلغيها [٢].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ١٨٠ - سليمان مرقس ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إلغاء التشريع بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه - ليس لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف أحكاما جديدة إلا بتفويض من هذه السلطة العليا ، أو من القانون " .

(ب)- " إن التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فلا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون ".

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥)

٢- " التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فلا يجوزلسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو أن تعدل قاعدة تنظيمية وضعها سلطة أعلى ، أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون " .

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨)

٣- " من المقرر أنه لايجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعمل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون، وكان القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٣ لم يترك أمر تحديد

البضـــائع الــتى تتمتع بالإعفاء فى هذه الحالة لمصلحة الجمارك ، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد فى هذا الصدد بما تصدره تلك المصلحة مــن قواعــد أو قوائــم بالسلع المعفاة وفقا لذلك القانون ما لم تكن مفوضة من وزير المالية بإصدارها " .

(طعن رقم ٢٧١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢)

٨٩ ـ هل يترتب على إلغاء التشريع إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

(راجع بند ٢١) .

صورتا الإلغاء :

إلغاء التشريع إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا .

ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى .

٩٠ ـ أولاً : الإلغاء الصريح :

تــنص علـــى صورة الإلغاء الصريح للتشريع المادة الثانية من التقنيــن المدنـــى بقولها : " لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء " .

والإلغـــاء الصريح يتم غالبا بصدور تشريع جديد يتضمن نصا خاصـــا يقضـــى بإلغاء تشريع سابق ، كالنص الذى ورد فى المادة الأولـــى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى الجديـــد حيـــث قضى صراحة بإلغاء القانون المدنى القديم إذ نص صراحة على إلغاء القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية

والصـــادر فى ٢٨ أكتوبر ١٩٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية ١٨٧٥ والاستعاضة عنها بالقانون المدنى الجديد .

ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون إصدار القـــانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية من أنه : " تلغى لائحـــة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لســـنة ١٩٣١، ويلغـــى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والـــتجارية المضـــاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقـــام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشـــار إليها ، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ .... الخ " .

وما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم ٨٨ لســـنة ٢٠٠٣ بإصـــدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والـــنقد من أنه : " تسرى على البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد أحكام القانون المرافق .

ويلغـــى قـــانون البنوك والائتمان الصادر بالقرار بالقانون رقم ١٦٣ لســـنة ١٩٥٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ فى شأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى ، والقرار بقانون رقم ٢٠٥

لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك ، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى ، والقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم مساهمة القطاع الخاص فى رؤوس أموال بنوك القطاع العام .

ومع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بإنشاء بعض البنوك فى جمهورية مصر العربية يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق " .

وليس بضرورى أن يشمل النص اللاغى على بديل للحكم الملغى ، بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم الأول فيعود الحال إلى ما كان عليه قبل هذا الحكم . ومن أمثلة ذلك القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠ الذى صدر بإلغاء ضريبة الأرباح الاستثنائية المفروضة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ ومنها كذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الذى قضى فى مادته الأولى بأن : " تلغى كافة صور موانع التقاضى الواردة فى نصوص القوانين الآتية ... الخ".

وجرت العادة على أن ينص فى كل قانون فى أحكامه الوقتية على إلغاء كل ما كان مخالفا لنصوصه من القوانين السابقة وهذا النص ليس إلا تقريرا لقاعدة الإلغاء الضمنى، فلا يعتبر إلغاء صريحا[١].

---

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٥٩ ومابعدها .

ومـــن صـــور الإلغاء الصريح توقيت التشريع بزمن معين من وقت صدوره ، فينتهى العمل به بمجرد انقضاء الزمن المعين فيه ، كالقوانيـــن التى تصدر أثناء الحرب مثلا وينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب فقط وكالأوامر العسكرية التى تستند إلى قانون الأحكام العرفية فإنها تلغى تبعا لإلغاء الأحكام العرفية .

٩١ ـ ثانيا : الإلغاء الضمنى :

تـــنص على هذه الصورة من صورتى الإلغاء المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها :

" لايجــوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق .... أو يشتمل **علـــى نـــص يـــتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع** " .

فالإلغاء الضمنى له حالتان :

الحالة الأولى :

صدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض مع نص قديم :

قـــد يصـــدر تشـــريع جديد يتضمن نصا يتعارض مع نص فى تشـــريع سابق قديم . فإذا لم يكن فى الإمكان التوفيق بين النصين، فـــإن المفهـــوم ضمنا – وتطبيق النصين معا مستحيل – أن النص الأحدث منهما قد نسخ وألغى النص الأقدم [١].

---

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٥٨ ومابعدها .

وبديهـــى أن الإلغـــاء الضمنى فى هذه الصورة لايكون إلا فى حـــدود الـــتعارض والتنافر بين النص القديم والنص الحديث . فإذا صـــدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث إذا كان التعارض بين أحكامهمـــا تاما وكليا . أما إذا كان التعارض جزئيا فإن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الإلغاء الضمنى منطقا إلاعلى ما يثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إلغـــاء التشريع لايكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغـــاء أو يشـــتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الوضع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذ كـــان القـــانون رقم ٣٢٥ لسنة ١٩٥٣ لم ينص على إلغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٥٣/٢/٢٥ بأن يخصم من إعانة الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عـــند اســـتحقاق أيهمـــا ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يـــتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيـــث كيفـــية الخصـــم لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق

---

(١) حسن كيره ص ٣٣٣ – أحمد سلامه ص ٢٧٥ .

العــلاوة ذاتها رأسا بمقدار النصف بدلا من أن يلحق الخصم إعانة الغــلاء بمقدار نصف العلاوة وذلك بالنسبة للعلاوات التى استحقت مــنذ نفــاذه فإن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر يبقى مطبقا من حيــث طريقــته فى الخصم بالنسبة للعلاوات التى استحقت فى مدة سريانه ".

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٢- " إلغــاء نص تشريعى لايتم حسبما تقضى المادة الثانية من القانون المدنى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشــتمل علــى نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

٣- " مــؤدى نــص المادة الثانية من القانون المدنى أن النص التشــريعى الــذى يتضمن قاعدة عامة يجوز إلغاؤه بتشريع لاحق يــنص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشــريع القديــم أو يــنظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥)

فالـتعارض الـذى يسـتتبع إلغاء نص تشريعى ينص عليه فى تشريع سابق لايكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "مجال تطبيق الأمر العسكرى رقم ٤٦٩ يختلف عن مجال تطبـيق القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ، ذلك أن هذا الأمر تنطبق أحكامـه فـى الحدود المبينة به على جميع العمال فى مديريتى قنا وأسوان دون التقيد بما إذا كانت مناطق العمل بعيدة عن العمران أو غـير بعـيدة عـنه ، فى حين أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القـانون ٣١٧ سـنة ١٩٥٢ لاتنطـبق إلا حيث يكون العمال فى المناطق البعيدة عن العمران والتى حددها وزير الشئون الاجتماعية ومـن ثم فلا محل للقول بأن القانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نظم من جديد ما سبق أن نظمه الأمر العسكرى ٤٦٩ ولا يكون بالتالى ثمة محل للتحدى بنص المادة الثانية من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه يلغى التشريع السابق إذا صدر تشريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧)

٢- "إذا كانت معاهدة بروكسل لاتنطبق فى صدد النقل البحرى الدولـــى إلا فى نطاق محدود ، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة البحرى السابقة علـــيها بمـــا يعـــد نسخا لها لأن التعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لايكون ، فى حكم المادة الثانية من القـــانون المدنـــى ، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحـــال إعمالهما فيه معا . أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكـــل مـــنهما مجاله الخاص فى التطبيق . ولايمنع من ذلك ازدواج التشـــريع فى قانون البلد الواحد لأن الشارع هو الذى يقدر الحكمة مـــن هذا الازدواج وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٣- " لا محـــل للاحتجاج بأن النص الأول – الوارد فى القانون القديم – قد ألغى ضمنا بالنص الثانى – الوارد فى القانون الجديد- لأن هـــذا الإلغـــاء لا يكون إلا إذا توارد النصان فى القانون الجديد وفى القانون القديم على محل واحد يستحيل معه إعمالهما فيه " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩)

٤- " إلغـــاء النص التشريعى الذى يتضمن قاعدة عامة لايتم- وعلــى ماجــرى بــه نص المادة الثانية من القانون المدنى - إلا بتشــريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قــرر قواعــده ذلــك التشــريع. والمقصود بالتعارض فى هذا الخصــوص- وعلــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون النصــان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا . وإذ كــان نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى قد نظم أحكام مسئولية حــارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال فى صيانته ، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الــتى خلــت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة- لم تتضــمن تنظــيما لأحكــام تلك المسئولية بل اقتصرت على تحديد الإجــراءات والاحتياطات الواجب اتباعها فى شأن المنشآت الآيلة للســقوط أو تلك التى تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن فى القــرارات الصادرة بشأنها وهو مالا يحول دون إعمال هذه القواعد وقــاعدة مســئولية حــارس البــناء معا كل فى مجاله الخاص فى التطبيق، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لاتكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

٥- (أ)- " إذ كان نص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أنه يترتب على قبول الطعن إعادة النظر في تقدير أجرة الوحدات التي شملها قرار لجنة تحديد الأجرة ويعتبر الحكم الصادر في الطعن ملزم لكل من المالك والمستأجرين إلا أنه وقد صدر من بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وهو في ذات مرتبة التشريع الأول متضمنا النص في المادة الخامسة على أن "إذا رأى المستأجر أن الأجرة التي حددها له المالك تزيد على الحدود المنصوص عليها في هذا القانون جاز له خلال تسعين يوما من تاريخ التعاقد أو من تاريخ الإخطار أو من تاريخ شغله للمكان أن يطلب من لجنة تحديد الأجرة المختصة القيام بتحديد أجرة المكان وفقا للأسس المنصوص عليها في هذا القانون ..." مما مؤداه أنه ما لم يتقدم المستأجر إلى اللجنة المختصة لتحديد الأجرة في الميعاد المشار إليه فإن التقدير المبدئي للأجرة يعيد نهائيا ونافذا ولايجوز للجنة بعد ذلك أن تتصدى لتحديد الأجرة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المستأجر الحاصل بعد الميعاد ، ولايترتب على قبول الطعن في الأجرة التعاقدية بالنسبة لبعض الوحدات الأخذ بتقدير اللجنة لأجرة باقي الوحدات التي حدد المالك لها أجرة تعاقدية وأصبحت نهائية بقبول مستأجريها لها وعدم طعنهم عليها " .

(ب)- " إذا كان نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لاحقـا لنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وكلاهما يتعارض مع الآخر . فى أحكامه ومن ثم يعتبر ما ورد فى القـانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وفيما يتعلق بالأماكن التى تسرى علـيها أحكامـه ناسخا لما ورد بنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ ، كما يترتب على ذلك أن تحديد الأجرة فى ظل القـانون رقـم ١٣٦ لسـنة ١٩٨١ أصبح موضوعا قابلا للتجزئة ويخضـع الطعن فى الأحكام الصادرة وفقا لأحكامه للقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ومن ثم تخضع لمبدأ نسـبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات وقوامه ألا يفيد من هذه الإجراءات إلا من باشرها " .

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" من الأمور المسلمة أن الفسخ الضمنى للقاعدة القانونية لايكون إلا حيث يصدر تشريع لاحق على ذات المستوى فى مجال المدارج التشريعية ، وأن يكون التشريع اللاحق الذى توافر له الشرط المتقدم حاسما فى إسقاطه للحكم السابق وذلك لتعارضه معه بصورة تجعل من غير الممكن التوفيق بينهما وإعمالهما ، أما حيث يكون لكل من

التشـــريعين مجـــال لإعماله يختلف عن الآخر فلا يكون هناك فسخ وإذا أورد المشـــرع تنظـــيما خاصـــا بمسألة قانونية محددة وردت الإشـــارة إلـــيهما بصـــفة عامـــة فى قانون آخر فإنه يتعين اطراح الإشـــارة العامـــة وتطبـــيق التنظيم الخاص وذلك تطبيقا لقاعدة أن الخاص يقيد العام " .

(طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٢)

٩٢ - أوجه التعارض فى هذه الصورة :

للـــتعارض فـــى هذه الصورة عدة أوجه لكل منها حل خاص ، نعرض لها فيما يلى :

١- أن يتضمن التشريع الجديد حكما عاما يناقض حكما عاما ســـابقا ، أو حكمـــا خاصا يناقض حكما خاصا سابقا ، ففى هذين الوجهيـــن ينســـخ الجديد القديم ، إذ لايمكن الجمع فى التطبيق بين حكمين متعارضين .

٢- أن يكون التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص.

إذا كـــان الـــتعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عامـــا وبين قواعد قانونية حديثة تأتى بحكم خاص ، فهذا التعارض لايســـتحيل معه الإبقاء على حكم القانون القديم بعد صدور القانون الجديد الخاص ، بل يظل القانون القديم نافذا فيما لايتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد الخاص . ومعنى ذلك أن الحكم الجديد الخاص

قـــد ألغى ضمنا الحكم القديم العام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط أى أن الخاص يقيد العام ولايناقضه ، فيظل الحكم القديم العام قائما وســاريا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحد الحكم الجديــد الخاص من مدى عموم الحكم القديم فيقتطع ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومــثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكــية تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقارى ســنة ١٩٤٦ وأتيا بحكم جديد يقضى بأن الملكية فى العقار لاتنتقل إلا بالتســجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لانصرافه إلى الأشياء بصفة عامة ، دون تمييز بين المــنقول مــنها والعقــار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسيجل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه إلا إلـــى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له مــن أثر إلا إلغاء الحكم العام الوارد فى التقنين المدنى القديم إلغاء ضــمنيا فـــى شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه فى شأن المنقول. وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا إلا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون

الشـــهر العقـــارى بتخصيصه منه وإخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته [(١)].

ومـــن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وببعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية من أنه :

" فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهـــنى أو حرفى ، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد ، أزواجا وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكـــورا وإناثا من قصر وبلغ ، يستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم " .

واعتـــبارا مـــن الـــيوم التالى لتاريخ نشر هذا القانون المعدل، لايســـتمر العقـــد بمـــوت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصـــالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة .

---

(١) حسن كيره ص٣٣٣ ومابعدها– رمضان أبو السعود ص٣٠٨ ومابعدها .

فهذه المادة تقضى بأن :

١- لاينـــتهى العقـــد بمـــوت المســـتأجر ويستمر لصالح الذين يســـتعملون العيـــن مـــن ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه الأصلى طبقا للعقد .

٢- أن الامـــتداد يقتصر على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية .

٣- أنـــه اعتـــبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر القانون لايستمر العقـــد بمـــوت أحـــد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة .

٤- أن العقد لايستمر لصالح الشريك فى العين .

بيـــنما تـــنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظـــيم المنشآت الطبية - وهى سابقة على المادة المنكورة- على أن : " لاينـــتهى عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العيـــن ويســـتمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال .... الخ " .

فهذه المادة تقضى :

١- بعـــدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العيـــن وباســـتمراره لصـــالح ورثـــته دون أن تحـــدد ورثة المستأجر والمستفيدين بورثته حتى الدرجة الثانية .

٢- بعـــدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العيـــن وباســـتمراره لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال ، بينما لم تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفة الذكر – بعد تعديلها – على استمرار الإيجار لصالح الشريك فى أية حالة .

ورغـــم هذا فإن حكم المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ يستمر ساريا بالنسبة للمنشآت الطبية باعتباره حكما خاصا.

وتـــبرير ذلك أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ الذى عدل الفقرة الثانـــية من المادة ٢٩ سالفة الذكر وإن كان لاحقا على القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ إلا أن نص القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ نص عام يســـرى علـــى كافـــة الأماكـــن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صـــناعى أو مهنى أو حرفى ، أما نص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ فهو نص خاص يسرى على أحد أوجه النشاط المهـــنى وهـــى المنشآت الطبية ، والقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، ولو كان النص العام لاحقا على النص الخاص [1].

٣- أن يكون التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام.

إذا كـــان الـــتعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا ، وبين قواعد قانونية جديدة فضع حكما عاما ، فلا يستخلص

---

(١) راجـــع مؤلفنا شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ الطبعة السادسة ص٢٧ وما بعدها .

من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم الخاص، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام . فالعام إذن لايلغى الخاص . بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لايلغى الحكم الخاص ضمنيا إلا بحكم خاص مثله متعارض معه [1]. فهناك قاعدة تقول أن الحكم العام لايلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقا عليه .

ومثال ذلك أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن صدر متضمنا أحكاما خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدنى الحالى الذى ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة فى شأن تنظيم عقد الإيجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الإيجار الموجودة فى التقنين المدنى رغم ما بينهما من تعارض . إذ نصوص التقنين المدنى فى ذلك إنما نضع أحكاما عاما لا تنسخ الأحكام الخاصة التى يتضمنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بل تظل هذه الأحكام الخاصة

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٧٦ – سليمان مرقس ص ١٧٤ .

السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التى جاء بها التقنين المدنى الجديد [١].

الحالة الثانية :

صدور تشريع جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن نظمه تشريع قديم :

الحالة الثانية للإلغاء الضمنى أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق ، وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوصه ونصوص التشريع الجديد ، وذلك دون حاجة إلى النص فى التشريع الجديد على هذا النسخ . وإن كان المشرع ينص غالبا، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع على إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الإلغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالإلغاء لتحقق الإلغاء ضمنيا من مجرد إعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة ذلك ما رأيناه سلفا فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل

---

(١) عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السادس المجلد الثانى ١٩٦٣ ص ٨٨٨ ومابعدها .

الأحوال الشخصية والقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد .

وكذا نص المشرع فى القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على إلغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

وما نصت عليه المادة ٣٤ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٩ فى شأن السجل التجارى من إلغاء القانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالسجل التجارى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والأصل فى نسخ التشريع أن يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق وهذا هو النسخ الصريح ، إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا وللنسخ الضمنى صورتان : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما مع نص فى التشريع القديم وفى هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التى يتحقق فيها التعارض. وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه ، وقد أخذ القضاء بهذه التفرقة فقضت محكمة الاستئناف المختلطة (١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٤١) بأنه " إذا تعلق التعارض بين

التشــريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع الســابق وجب أن يتناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعا وفى غير هــذه الحالــة لايتناول النسخ إلا النصوص التى تتعارض تعارضا مطلقا مع نصوص التشريع الجديد " [١].

٩٣ ـ الوضع فى حالة الإحالة على قانون ملغى :

قــد يحــدث أن تحــيل بعض القوانين فى سبيل تحديد شروط تطبيقها وآثارها وإجراءاتها إلى نصوص قائمة فى قوانين أخرى.

ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وإحالة الدعــاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية) – قبل إلغائه – على تطبيق ما لم يلغ من الأحكام الواردة فى لائحة ترتيب المحــاكم الشرعية . فنص المادة الخامسة إذن نص محيل وما بقى من نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نصوص محال إليها.

فــى هــذه الحالــة يكــون القانون المحيل قد ألحق هذا البيان (النصــوص المحال إليها) ضمن أحكامه هو ، فيضحى جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر المحال عليه. ومــن ثــم لايؤثر إلغاء القانون الأخير على سريان أحكامه المحال عليها بمقتضى القانون المحيل .

---

(١) مجموعة الأحكام التحضيرية جــ١ ص ١٩٦ .

أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فـــإن مـــؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما يطرأ عليه من تعديل أو تغيير . ومن ثم يترتب على إلغـــاء القانون المحال إليه إلغاء العمل بنصوصه فى نطاق القانون المحيل .

ويشـــبه هـــذا الوضع إذا كانت النصوص المحال عليها الملغاة تنظم مرفقا عاما ، أو جهة من جهات التقاضى . إذ فى هذه الحالة فـــإن النصـــوص المحيلة تصحيح غير ممكنة التطبيق ، مما يتعين معـــه القـــول بـــأن إلغاء النصوص المحال إليها يترتب عليه إلغاء النصـــوص المحـــيلة ذاتها . أما إذا ألغيت النصوص المحال إليها وحلت محلها نصوص أخرى ، فيرى البعض أن الإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة .

وعلـــى أى حـــال فيجب على المشرع مواجهة الأمر ، فيعدل الإحالـــة بجعلها إلى المرفق أو المحكمة الجديدة إن وجدت أو إلى مـــرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لإمكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة (١).

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣١٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاتـــه ضـــمن أحكامه هو فيضحى جزءا منه يسرى بسريانه دون توقـــف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلا . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مـــؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير " .

(ب) تـــنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشـــأن التأميـــن الإجبارى على السيارات على أن " يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وُقعت فى جمهورية مصر وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ " فمن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى على السيارات المذكور قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ مـــن قـــانون المـــرور رقـــم ٤٤٩ لســـنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكـــور . وبالتالى يظل الوضع على ما كان عليه من أن التأمين على سيارات النقل يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها " .

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٧)

٢- (أ)- " حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بـيان محـدد بعينه فى قانون آخر ، فإنه يكون قد ألحق هذا البيان ضـمن أحكامه فيضحى جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على اسـتمرار القـانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلا ، وكانت المـادة الخامسـة مـن القـانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات أحالت فى تحديد من يشملهم إلى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥. فإن إلغاء هذا القانون بقانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ لا أثر له علـى اعتبار البيان الوارد بتلك المادة جزءا من المادة الخامسة من القانون رقم٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ ".

(ب)- " مفـاد نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسـنة ١٩٥٥ الـتى أحالت إليها المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسـنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات والشرط الأول من نموذج التأمين الملحق بقرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر تنفيذا للمادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسـنة ١٩٥٥ الـذى تضمنته الوثيقة موضوع الدعوى أن التأمين الإجبارى على سيارة النقل يكون لصالح الغير من حوادثها ولصالح الراكبيـن المشار إليهما بالوثيقة - طبقا للفقرة هـ من المادة (١٦) مـن القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥- أينما كانا فى داخل السيارة سواء فى غرفة قيادتها أو فى صندوقها " .

(طعن رقم ٩٨١ لسنة ٥٨ ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩١/١/٣١)

٩٤- هل يستتبع إلغاء القانون إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

راجع بند (٢١) .

٩٥- النص فى التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص :

قـد يتحقق الإلغاء بورود النص فى التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص .

ويرى البعض أن ذلك يعد إلغاء صريحا مما يترتب عليه إلغاء الأحكام القانونية السابقة المخالفة ولو كان التشريع اللاحق تشريعا عاما وكانت الأحكام المخالفة السابقة وردت فى تشريع خاص. إذ أن القاعدة التى تقضى بأن التشريع العام اللاحق لا يلغى التشريع الخاص السابق يقتصر مجال إعماله على حالة الإلغاء الضمنى دون الإلغاء الصريح [١]. ويلاحظ أن المادة الثانية من مواد إصدار القانون المدنى – كما رأينا سلفا – كانت تتضمن فقرة ثانية بنص على إلغاء كل نص يخالف أحكامه فحذفت اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ هذه الفقرة وعللت هذا الحذف بقولها : " إن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعا دائمة أو موقوتة حتى لايتعرض النص فى

---

(١) مشار إلى هذا الرأى بمؤلف رمضان أبو السعود ص ٣٠٦ وما بعدها.

عمومـــه إلـــى إلغـاء هذه الأوضاع الأمر الذى لايدخل فى قصد المشرع .

بينما ذهب رأى آخر – نؤيده– إلى أن ورود النص فى التشريع اللاحـــق علـــى إلغاء كل ما يخالفه من نصوص يعتبر مقررا فقط للإلغـــاء الضمنى الذى يتأتى بمجرد حصول التضارب بين التشريع الجديد والتشريع القديم (١).

وفـــى المادة الثانية من التقنين المدنى سند لذلك فهى تنص على أن : " لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة علـــى هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

يضاف إلى ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : "وغنى عـــن البـــيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق " (٢).

ويرى البعض أن التشريع الذى يطول إهماله وعدم استعماله مع توافـــر ظروف انطباقه ، ينساه الناس مع الزمن أو يعتقدون أنه قد

---

(١) سليمان مرقس ص ١٧٣ – رمضان أبو السعود ص ٣٠٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ١٩٦ .

ألغـــى ، ويكونـــون معذورين إذا لم ينظموا سلوكهم وفقا له . فليس مـــن العـــدل أن يفاجأوا بإيقاظه من سباته الطويل وتطبيقه على ما وقـــع منهم فى أثناء رقدته . هذا فضلا عن أن التسليم بإمكان إيقاظ التشريع من نومه يضع فى يد عمال السلطة التنفيذية ورجال النيابة والقضــــاء سلطة تحكمية يخشى أن يؤدى استعمالها إلى الإساءة إلى التشـــريع ذاتـــه وإلى من ينطبق عليهم هذا التشريع . ولذلك يجب اعتـــبار التشـــريع موقوفا طوال المدة التى جرى فيها العرف بعدم اســـتعماله ، وأنـــه بـــناء على ذلك لايجوز تطبيقه على ما يقع من مخالفات له فى أثناء تلك المدة ، بل يجب التنبيه على التزام العودة إلى العمل به مستقبلا ، وقصر تطبيقه على ما يحدث بعد ذلك [١].

ويـــرى الـــبعض – بحـــق– أنـــه ليس لهذا الرأى ثمة سند فى القانون، بل إنه يتعارض صراحة مع نص المادة الثانية من التقنين المدنى [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص١٧٨ وما بعدها .

(٢) أحمد سلامه ص ٢٧٢ .

مـادة (٣)

تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

الشـــرح

٩٦ـ الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم :

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (٣) من التقنين المدنى الجديد .

وكان الأصل فى حساب المواعيد فى ظل ذلك القانون أن تكون بالتقويم الهجرى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القـــاعدة فـــى حســـاب التقادم – فيما قبل القانون المدنى الجديـــد المعمـــول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩- أنه ما لم ينص القانون على حساب التقادم بالتقويم الميلادى فإن المدة تحتسب بالـــتقويم الهجـــرى، وإذن فإنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون ٤٤ ســـنة ١٩٣٩ قـــد نصت على أنه " يسقط حق الخزانة فى المطالبة بدفع الرسوم المستحقة والتعويض المدنى بمضى خمس سنوات من الـــيوم الذى استعملت فيه الورقة الخاضعة للرسم ويسقط الحق فى طلب رد الرسوم المحصلة بغير حق بمضى سنتين " ولم تذكر هذه المـــادة أن الخمـــس ســـنوات التى يسقط حق الخزانة فى المطالبة بالرسوم بعد مضيها ميلادية، وكانت الرسوم المطالب بها فى واقعة

الدعوى مستحقة عن مدة سابقة على العمل بالقانون المدنى الجديد، فإن هذه الخمس سنوات يتعين أن تحسب بالتقويم الهجرى " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٩٧ـ احتساب المواعيد بالتقويم الميلادى فى ظل التقنين المدنى الجديد :

لم تكن المادة الثالثة والتى تقضى باحتساب المواعيد بالتقويم الميلادى واردة بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد . ولكن أضافتها لجنة المراجعة إلى المشروع [١].

وقد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من قانون المرافعات مؤيدة للمادة الثالثة من التقنين المدنى إذ نصت على أن : " وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

وعلى ذلك فإنه اعتبارا من تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديد فى ١٩٤٩/١٠/١٥ تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم يرد نص خاص بخلاف ذلك .

وتحسب السنة ٣٦٥ يوما .

---

(١) فأثناء نظر مشروع التقنين المدنى بلجنة المراجعة اقترح معالى السنهورى باشا وضع مادة جديدة تنص على حساب المواعيد بالتقويم الميلادى فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٩٨ .

والمواعـــيد الواردة بالتقنين المدنى إنما تقدر باليوم أو الشهر أو السنة . ولايحسب ضمن الميعاد يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القـــانون مجريا للميعاد ، وإنما يحسب من اليوم التالى له (م١٥/١ مرافعات) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشـــهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظـــر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة التى أوردها المشرع فى المادة ١٥ من قـــانون المـــرافعات فـــى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع القانون كما تتبع أيضا فى حساب المدد والآجال على سبيل القياس، فإذا كان الآجل محددا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمـــر المعتـــبر مجـــريا للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الـــذى ينتهى فيه الأجل ، وإذ كـــان أجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف فى ١٩٧٣/١/٢٠ فإنـــه يـــبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم

المماثل له فى الشهر السادس أى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٠ ، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ١٩٧٣/٧/٢١ وينتهى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٨ ، وإذ كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم فى ١٩٧٣/٧/٢٩ فإنه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف ".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

٩٨ـ التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية :

الأصل فى التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية هو التقويم الهجرى ذلك أن الشريعة الإسلامية تأخذ بهذا التقويم.

ولايستثنى من ذلك إلا ما يرد نص بشأنه.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أن: " المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

وما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل

الأحـــوال الشخصـــية من أن : " تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى ".

٩٩ـ التقويم فى التشريعات الجنائية :

يعمـــل بالـــتقويم الميلادى أيضا فى نطاق التشريعات الجنائية ، فهو الأصل لأنه فى الغالب الأعم هو التقويم الأصلح للمتهم (١). كما نصت المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " جميع المدد المبينة فى هذا القانون تحسب التقويم الميلادى ".

ومـــن الأمـــثلة التى يكون التقويم الميلادى فى صالح المتهم ما تنص عليه المادة ٦٤ من قانون العقوبات من أنه : " لاتقام الدعوى علـــى الصـــغير الـــذى لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة " فيكون احتســـاب السن بالتقويم الميلادى أصلح للمتهم لأن التقويم الهجرى يسبق التقويم الميلادى .

غـــير أنـــه فى الحالات التى يكون فيها التقويم الهجرى أصلح للمتهم فإنه يؤخذ بهذا التقويم دون التقويم الميلادى . ومثال ذلك أن المـــادة ١/٢٦٨ مـــن قانون العقوبات التى تعاقب على هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو الشروع فى ذلك بالسجن المشدد من ثلاث ســـنين إلى سبع وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة ست عشرة سنة كاملة . يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للسجن

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٥٧ .

المشــدد . فإذا احتسبنا سن المجنى عليه بالتقويم الهجرى لكان ذلك أصلح للمتهم لأن التقويم الهجرى – كما ذكرنا سلفا – يسبق التقويم الميلادى . ومن ثم يؤخذ فى عقوبة هذه الجريمة بالتقويم الهجرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إنه يبين من الإطلاع على حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه ، أنه احتسب سن المجنى عليها بالــتقويم المــيلادى على أساس ما ثبت لديه من قسيمة زواجها من أنهــا مــن مواليد ٥ فبراير سنة ١٩٤٨ وأن الطاعن قد اقترف ما أسند إليه منذ زواجه بها بتاريخ ٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ ، وخلص إلــى أن المجــنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملــة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك. وكانت المادة ٢٦٩ من قــانون العقوبات إذ سكتت عن النص على التقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها، فى الجريمة المنصوص عليها فيها – وهــو ركــن من أركانها – فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يــتفق مــع صــالح المــتهم أخذا بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى ، والتى تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصا أو غامضا فينــبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته ، وأنــه لايجــوز أن يؤخــذ فى قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لاجريمة ولاعقوبة بغير نص.

ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية- التى تعتـــبر أصلا هاما من أصول تأويل النصوص العقابية - فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تأويل القانون . لما كان ذلك، وكان احتساب عمر المجنى عليها بالتقويم الهجرى على أساس تاريخ ميلادها الثابت فى قســيمة زواجها والذى لم تجادل فيه ، يجعل سنها وقت وقوع الفعل الـــذى نسب إلى الطاعن مقارفته يزيد عن ثمانى عشرة كاملة مما لايــتوافر معـــه أحـــد أركان الجريمة ، فإن هذا الفعل يصبح غير معاقـــب علـــيه ويتعيـــن لذلـــك نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن".

(طعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٤)

٢- " وحيـــث إنـــه يبيـــن من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عرض لدفاع الطاعن من أن المجنى عليها بلغت وقت وقوع الفعل المسند إليه ثمانى عشرة سنة هجريه ورد عليه بقوله : " إن الأصل فـــى تحديـــد السن الذى يعول عليه هو بالتقويم الميلادى ما لم يرد نص خاص مثل النص الوارد بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعـــدل ..." ثم احتسب سن المجنى عليها بالتقويم الميلادى علـــى أســـاس ما ثبت من تحقيقات النيابة أنها من مواليد ١ أكتوبر ســـنة ١٩٧٢ وأن الطاعن قد اقترف ما أسند إليه خلال شهر يوليو

ســـنة ١٩٩٠، وخلص إلى أن المجنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشـــرة ســـنة مـــيلادية كاملة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك ، وكانـــت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكتت عن النص على الـــتقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها ، فى الجريمة المنصـــوص عليها فيها - وهو ركن من أركانها- فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم أخذا بالقاعدة العامة فى تفســـير القانون الجنائى ، والتى تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصـــا أوغامضاً فينبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضـــد مصـــلحته وأنه لايجوز أن يؤخذ فى قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لاجريمة ولاعقوبة بغـــير نـــص . ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية التى تعتبر أصلاً هاماً من أصول تأويل النصوص العقابية- فإنـــه يكون معيباً بالخطأ فى تأويل القانون . لما كان ذلك ، وكان هـــذا الخطـــأ قـــد حجب المحكمة عن احتساب عمر المجنى عليها بالـــتقويم الهجـــرى علـــى أساس تاريخ ميلادها الثابت بدليل معتبر قانونـــا وكان الحكم المطعون فيه وإن أشار إلى سن المجنى عليها الثابـــت بتحقـــيقات النـــيابة إلا أنه لم يبين المصدر الذى نقلت عنه تحقـــيقات النـــيابة هـــذا السن مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة

صـــحة تطبـــيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وأن تقـــول كلمتها فيما يثيره الطاعن من أن سن المجنى عليها يزيد عن الثمانـــية عشر عاماً وقت وقوع الفعل الذى نسب إليه أخذا بالتقويم الهجـــرى . لما كان ما تقدم ، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإحالة بغير حاجة إلى بحث باقى أوجه الطعن ".

(طعن رقم ١٤١٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/٣/١٤)

مـادة (٤)

من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

الشـرح

١٠٠ـ النص مستحدث فى التقنين المدنى الجديد :

لم يكن لهذا النص نظير فى التقنين المدنى القديم .

كمـا لـم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديـد . وإنمـا أضافته لجنة المراجعة إلى المشروع ، بناء على اقتراح الدكتور السنهورى وضع مادة جديدة تقرر المبدأ العام الذى يمهد للمادة التالية (١).

١٠١ـ تعريف الحق :

الحـق سـلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القـيام بأعمـال معيـنة تحقيقا لمصلحة يقرها القانون . فمثلا حق الملكية الذى يقرره القانون لشخص على مال معين ، يخول صاحب الحق سلطة استعمال واستغلال والتصرف فى الشئ الذى يقع عليه الحق (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٩٩ .

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٦٨ – ١٩٦٩ ص ٩ – حسن كيره ص ٧٠٣ .

وفـــى هـــذا الصدد ينبغى اجتناب الخلط بين " محل الحق" وبين "مضـــمون الحــق " فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع علـــيه الحـــق – بمضمونه هذا– من شئ أو عمل . فمضمون حق الملكـــية مـــثلا هو – كما ذكرنا سلفا – ما يثبت للمالك من سلطات الاســـتعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشئ الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحـــل الحق قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسى للحقـــوق الـــتى محلها أشياء هو الحق العينى الذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شئ مادى ، وكذلك فالحق الذهنى محله شئ من الأشياء وإن كان شيئا معنويا غير مادى هو الخلق الذهنى أو الفكـــرى . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل إيجابيا أو سلبيا .

١٠٢ـ تعريف الواجب :

الحـــق إذن مـــزية يقـــررها القانون لشخص معين . ولكن هذه المـــزية لاتكـــون لهـــا قيمة عملية إلا إذا فرض القانون على سائر الأشخاص احترامها وعدم التعرض لصاحبها فى استعمالها . لذلك يقـــرن القـــانون كل حق لشخص معين بواجب عام يقع على الكافة ويفرض عليهم احترام هذا الحق .

ففـــى حـــق الملكية مثلا لايكفى أن يخول القانون المالك سلطة الاستمتاع بملكه ، بل يجب أن يقرن ذلك بنهى سائر الأشخاص عن مباشـــرة هـــذه السـلطة على الملك المنكور ذاته ، وعن التعرض للمالك فى مباشرة هذه السلطة وهذا النهى العام وما يترتب عليه من حماية سلطة المالك على ملكه هو الذى يميز هذه السلطة من سلطة السارق المادية على الشئ المسروق ، ويسمح باعتبار الأولى سلطة قانونية فى حين أن الثانية ليست سوى سلطة فعلية .

وقد اعترض بعض الشراح على فكرة الواجب العام الذى يقابل كـــل حـــق ، فقالوا إنه ليس من المعقول أن كل حق يتقرر لشخص معين يقابله واجب يقع على عاتق ملايين الأشخاص الذين لاتربطهم بصـــاحب الحق أية رابطة ، بل ودون أن يعلموا بهذا الحق. ولكن يـــرد على هذا بأن الواجب العام الذى يقع على عاتق الكافة ، ليس إلا الواجـــب الـــذى ينشأ من الخضوع للقواعد القانونية العامة التى تقضى باحترام حقوق الغير . يضاف إلى هذا أنه لو قيل بغير ذلك لكـــان معـــنى هذا أن الأفراد يستطيعون الاعتداء على حق صاحب الحـــق كلمـــا ســـمحت ظـــروفهم المادية بذلك ، وهذه نتيجة يأباها القانون[١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٣ – عبد الودود يحيى ص ٩ ومابعدها .

والحقــوق تفترض وجود روابط قانونية ، فهى تفترض وجود الأفــراد فــى مراكــز متفاوتة قبل بعضهم البعض . فتضع بذلك صــاحب الحق فى مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخوله له من تسلط أو اقتضاء .

ورابطة التسلط هى التى لاتتصور إلا من شخص على شئ لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص .

ورابطـــة الاقتضاء هى التى لا تكون إلا بين شخص وشخص آخــر لأنها تفترض إلزام بأداء معين والإلزام لايتصور وقوعه إلا على عاتق الأشخاص وحدهم [١].

١٠٣- تعريف الرخص العامة :

الرخصـــة العامة هى إباحة عامة تتيح لكل شخص حرية القيام بما لايحرمه القانون كحرية السير فى الطريق العام وحرية الاتجار وحرية القول وحرية الالتجاء إلى القضاء بصفة عامة[٢] .

فالــرخص العامـــة على عكس الحقوق لاتفترض وجود روابط قانونـــية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفــترض وجــود الأشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما

---

(١) حسن كيره ص٤٣٧ وما بعدها .

(٢) الدكــتور ســليمان مرقس المسئولية المدنيـــة فى تقنينات البلاد العربية القسم الأول ١٩٧١ ص ٣١٠ .

تخوله من سلطات. ولذلك فهى لاتعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد. بل يتمتع الكافة بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة .

غير أن الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق، وذلك إذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد، إذ بمجـرد وقوع هذا الاعتداء- وليس قبله – تنشأ رابطة قانونية هى رابطـة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا فى التعويض قبل المعتدى[١] .

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن فكرة التعسف ترد على الانحراف فى استعمال الحقوق ، وليس على الانحراف فى استعمال الرخص العامـة . ويحكم الانحراف فى استعمال هذه الرخص فكرة الخطأ فى نطاق المسئولية التقصيرية [٢].

ويسـتطرد أنصار هذا الرأى بأن المشرع المصرى يأخذ بهذا الـنظر، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالتفرقة بين الحقـوق وبيـن الرخصة العامة إذ نصت المادة (٥) منه على أن: "الحقـوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص

---

(١) حسن كيره ص ٤٤٠ وما بعدها .

(٢) حسـن كيره ص٧٨٣ وما بعدها – سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٣٦ وما بعدها .

بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة " – وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ... وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه"(١). وأن هذا النص وإن كان قد حذف ولم يظهر فى التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالته على اتجاه المشرع لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعيا (٢).

بينما ذهب رأى ثان إلى أن نظرية التعسف فى استعمال الحق تسرى على الحقوق والرخص العامة على حد سواء (٣)، إذ لامانع من امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص معا . فالمشرع عندما اشترط لمشروعية الحق أن يستعمل استعمالا لاينطوى على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٠١ هامش (١) .

(٢) حسن كيره ص٧٨٦ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ١ طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢– حسام الأهوانى ص ٣٨٢ ومابعدها .

تعسف فإنه قد وضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة سواء كانت هـذه التصـرفات قـد حددت فى نص أو فى صورة حق بالمعنى الدقيق أم كانت من قبيل الحقوق العامة المعترف بها للكافة .

فالمشـرع يسـتهدف إدخـال نوع من الأخلاق فى التصرفات القانونـية . فاستعمال أى حق سواء أكان خاصا أم عاما يؤدى إلى حـد مـا إلى الإضرار بالغير ولكن نظرا لأن هذا الضرر لايمكن تفاديـه فهو يعتبر مشروعا . ولكن المسئولية تنعقد منذ اللحظة التى يكون الاستعمال قد تم فى ظروف غير مشروعية .

فلكـل شخص أن يدخل فى منافسة مع الغير ، فهذه رخصة أو حرية، أى حق عام غير محدد .

ويعتـبر اسـتعمال تلـك الرخصة مشروعا بالرغم من أنه قد يسـبب بعـض الأضرار للغير الذى يدخل معه فى منافسة ولكن يعتـبر استعمال تلك الرخصة منطويا على تعسف منذ اللحظة التى يسـتهدف فـيها تحقيق مصلحة غير خلقية مثل الرغبة فى تحطيم منافسه .

فالشخص الذى يستعمل رخصة ويسبب أضرارا مشروعة للغير يحمـيه القـانون شأنه تماما شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق . ولكـن مـتى كان الاستعمال قد تم فى ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق .

فكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع فإنه يتدخل للحد من التعسف فى استعمالهما .

أما القول بأن قواعد المسئولية المدنية تغنى عن نظرية التعسف فــى استعمال الحق فهو غير مقبول على أساس أن مثل هذا القول يصـــدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة. فإن كانت قواعـــد المسئولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق فلا يضحى أدنى مبرر لكفايتها فى صدد الرخص وعدم الحاجة إلى نظرية التعسف .

ويضيف أنصار هذا الرأى أن الرأى الأول يرجع إلى اعتبارات تاريخية تتصل بظهور فكرة التعسف فى استعمال الحق . ففى بداية القـــرن التاسع عشر كنت الحقوق لاتخضع للرقابة فى استعمالها ، أمـــا الـــرخص فقد كانت تخضع للرقابة بمعنى انعقاد المسئولية فى حالـــة الانحراف عن المسلك المعتاد فى استعمالها فالرخص كانت تقـــبل التقيد على عكس الحقوق . وعندما ظهرت من جديد نظرية التعســـف بهدف التضييق وتقييد استعمال الحقوق لم تظهر الحاجة- لتطبيق قواعد المسئولية - لامتدادها إلى نطاق الرخص. وظاهر أن ذلـــك السبب عارض لايتصل بجوهر نظرية التعسف. وعند زوال هـــذه الظـــروف التاريخية فإنه لايوجد أدنى مانع من تطبيق نظرية التعسف على الرخص[1] .

---

(١) حسام الأهوانى ص ٣٨٣ ومابعدها .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى إذ قضت بأن :

" مــؤدى المادة الخامسة من القانون المدنى أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التى تنتظم جميع نواحــى وفــروع القانون والتعسف فى استعمال الحق **لايخرج عن إحــدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن صــورة الحق** ، ففى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا يــنحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتقديــر التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه – وعلى ما جرى بــه قضــاء هــذه المحكمة – هو من إطلاقات محكمة الموضوع مــتروك لــتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقــب علــيها فــى ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤدية إلى النتيجة التى انتهت إليها، وإذ استخلص الحكم فى حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التى يرمى الطاعــن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ مــن القــانون ٥٢ لســنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبــنى المؤجــر بالإضــافة أو التعلــية – مصلحة قليلة الأهمية لاتتناســب مــع مــا يصيب المطعون عليه – المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

١٠٤ـ عدم المسئولية عن الاستعمال المشروع للحق

تنص المادة الرابعة- كما رأينا - على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

وهذا أمر طبيعي ، فمادام صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالا مشروعا ، ولم ينحرف به عن المشروعية ، فإنه لاتجوز مساءلته عن ثمة ضرر يقع بالغير .

والأصل هو مشروعية استعمال الحق ، فلا يكلف صاحب الحق بإثبات أنه استعمل حقه استعمالا مشروعا ، وإنما يقع على عاتق المضرور إثبات أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا غير مشروع يتوافر به إحدى حالات التعسف المنصوص عليها فى المادة الخامسة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تمسك المستأجر بالبقاء فى العين المؤجرة تنفيذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر فى أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالا مشروعا ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسلكه هذا دليلا على التعسف فى استعمال الدفع بعدم التنفيذ . فإن دلل الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأن لم يستجب لرغبة المؤجر فى إخلاء مسكنه وأصر على البقاء

وتنفـيذ العقـد فـإن هـذا التدليل يكون فاسدا منطويا على مخالفة للقانون" .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم إلى ما استظهره مـن واقـع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إلـيهم وأنـه كـان مـبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضـت سـبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسى الذى يتبعه المعهـد فـى خـارج البلاد إلى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه فى مصر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطـلان البواعث التى اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر بهـذا الشأن لايتسم بالتعسف فى استعمال الحق الموجب للتعويض، وإذ كـان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولاتجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥)

٣- " إذا كـان البيـن من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الخامس من عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليهما نص

علـــى عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير لأى سبب من الأسباب بدون إذن كتابى من المالك المؤجر وإلا اعتبر عقد الإيجار باطلا ، وكـــان شـــرط الحصول على رضاء المؤجر بالتنازل عن الإيجار يلحق بالشرط المانع المطلق فى الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصـــدع بـــه دون أن يملـــك مناقشة الأسباب التى جعلت المؤجر يفرضـــه عليه ، فطالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فـــلا محـــل للقول بأن المؤجر يتعسف فى استعمال حقه إذا تمسك بشـــرط يجـــيزه القـــانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذى لايخوله حقه الشخصى فى المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له. لمـــا كـــان ذلـــك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد حكم محكمـــة أول درجة على سند من أن المستأجر الأصلى تنازل عن العيـــن المؤجرة للطاعن رغم أن عقد الإيجار يحرمه منه صراحة، وعلـــى عدم توافر شرط بيع المتجر عملا بالمادة ٥٩٤ من القانون المدنى على ما سلف بيانه فى الرد على السبب السابق ، فإنه لامحل للقول بتعسف المؤجر فى استعمال حقه " .

(طعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢)

٤- " إذا كـــان البيـــن من مدونات الحكم المطعون فيه إن البند الثامـــن مـــن عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليه الأول والمســـتأجرة الأصـــلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شرط

الحصـــول علـــى رضا المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق فى الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التى جعلت المؤجر يفرضه عليه ، طالما أجـــاز المشـــرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجـــر يتعسف فى استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضــــاه المستأجر المتعاقد معه والذى لايخوله حقه الشخصى فى المـــنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول بتعســـف المؤجـــر فى استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشرط المانع " .

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٦)

١٠٥ـ نظرية التعسف فى استعمال الحق عامة التطبيق :

نظـــرية التعسف فى استعمال الحق نظرية عامة التطبيق، فهى لاتقتصـــر علـــى الحقـــوق الناشئة عن التزامات ، بل تمتد إلى كل قـــانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام [1].

وبالتالى تنطبق هذه النظرية على الإيصاء والطلاق .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٦٩٩ ومابعدها– حسن كيره ص٧٨٨ – حسام الدين الأهوانى ص٣٨٤.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى وإنما بسطه على هذه النواحى جميعا بل وعلى نواحى القانون قاطبة . فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية وأنها لاتقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام . ولذلك آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحدث التقنينات وأرقاها " .

٢- " وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق فى دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى وهى قواعد صدر

عـنها التشريع المصرى فى التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما .... الخ [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٠٧ ومابعدها – وهناك رأى فـى الفقـه يذهب إلى أن نظرية التعسف فى استعمال الحق لاتسرى إلا علـى مـا يسمى بالحقوق المقيدة أو التقديرية ولاتسرى على ما يسمى بالحقوق المطلقة .

والحقـوق المطلقة هى التى يستقل صاحبها بتقدير كيفية استعمالها وهو تحكمـه فـى ذلك دوافع شخصية بحتة لايستطيع القاضى أن يراقبها أو يناقش هذا التقدير ، فلا يسأل صاحبها عن نتائج استعماله إياها ولا عن البواعـث التى دفعته إلى هذا الاستعمال مهما أضر بالغير ، مثل الحق الأدبى للمؤلف ، وحق الشريك على الشيوع فى طلب القسمة (مشار إلى هذا الرأى فى حسام الأهوانى ص ٣٨٤ – حسن كيره ص ٧٨٧).

وقـد انـتقد هذا الرأى بأنه أثر من آثار المذهب الفردى الذى يرى أن الحقـوق تخول صاحبها سلطة مطلقة وحصانة مطلقة فى استعماله لحقه ولهـذا يجب الحد من نطاق التعسف قدر الإمكان ، وأن هذا الرأى يجب أن يـندثر مع اندثار الأفكار الفردية ، فضلا عن أنه لايستقيم مع أحكام القـانون المصرى الصريحة فى أن نظرية التعسف نظرية عامة تسرى علـى جميع أنواع الحقوق سواء فى مجال القانون الخاص أم فى مجال القانون العام (حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٥) .

ومما يؤكد ذلك أن المشرع حينما أتيحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقـوق الـتقديرية المـزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسـف فـى اسـتعمالها فهـو ينفى الصفة التقديرية المزعومة للحق

١٠٦- أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق :

يقرر غالبية الفقه أن التعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيرى ، وبالتالى فإن نظرية التعسف فى استعمال الحق تنطوى تحت نظرية المسئولية التقصيرية وتدخل فى دائرتها . فالخطأ فى نطاق المسئولية التقصيرية قد يكون بالخروج عن الحدود الموضوعية للحق ، وقد يتمثل فى مجاوزة الحدود التى فرضها القانون لاستعمال الحق . ففى الحالة الأولى يكون الخروج صريحا عن حدود الحق وفى الحالة الثانية يكون الخروج عن حدود الحق بالتعسف فى استعماله .

المعنوى للمؤلف بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته فى تعديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٤- حسن كيره ص ٧٨٨ ومابعدها) .

كما يقول البعض بأن هذه الحقوق لاتختلف عن سائر الحقوق فى طبيعتها، فهى مثلها لابد أنها مقررة لتحقيق مصلحة معينة وأنها وضعت لغرض معين اقتصادى واجتماعى ، وأنها إذا كانت شرعت لخدمة مصالح خاصة لمن تقررت لهم ، فهى لم توضع إلا لرعاية هذه المصالح الخاصة فى إطار مصلحة المجتمع . فلا يوجد من هذه الناحية ما يبرر تمييزها عن غيرها والتسليم بأن استعمالها لايمكن أن تقع فيه إساءة ولا أن يوجب مسئولية ما (سليمان مرقس فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ص ٣٣٨ ومابعدها) .

ومـــثال التعسف فى استعمال الحق ، أن يحفر شخص بئرا فى عقـــاره كـــى يمـــنع المياه عن الجار ، أو يجرى بها أعمالا أخرى للإضرار بها ، أو يرفع شخص دعوى بقصد النكاية أو يقوم الكاتب أو الخطيـــب بخدش اعتبار شخص أو أشخاص بغير أن تكون ثمة مصلحة عامة فى ذلك .

ففـــى هذه الحالات كان استعمال الحق طبقا لما يرخصه القانون للمـــالك بإجـــراء ما يريد فى عقاره ، وللمدعى بما له من حق فى التقاضى ، وللكاتب أو للخطيب ، بما له من حرية إبداء الرأى .

ولكـــن المسئولية تتوافر لأن استعمال هذا الحق أو ذاك قد حاد فيه صاحبه عن الغرض المقصود منه .

فالأســـاس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس إلا المســـئولية التقصـــيرية . فالتعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض عما تسبب من أضرار (١).

ويظل التعسف داخلا نطاق المسئولية التقصيرية حتى ولو كان تعســـفا فـــى استعمال حق ناشئ عن العقد . فالمؤجر الذى يتمسك

---

(١) المستشـــار حســـين عامر والأستاذ عبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٢٢٩ ومابعدها – الدكتور حســـام الديـــن الأهوانى مقدمة القانون المدنى نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٣٧٨ – الدكـــتور عـــبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢ ومابعدها .

بالشــرط المــانع مــن الإيجار من الباطن تعسفا منه يكون مسئولا مسـئولية تقصيرية وكذلك يكون متعسفا فى استعمال حقه وبالتالى مسئولا مسئولية تقصيرية من يقوم بإنهاء عقد العمل إنهاء تعسفيا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن نظـرية اسـتعمال الحـق مردها إلى قواعد المسئولية فى القـانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المـادة ٢٩ مـن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . فإذا كان الحكم قد أسـس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

مــادة (٥)

يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

الشــــرح

١٠٧ـ متى يكون استعمال الحق غير مشروع ؟

رأيـــنا أن الأصـــل أن اســـتعمال صـــاحب الحـــق لحقه يكون مشــــروعا، وأنه يجب على من يدعى التعسف إثبات حصول تعسفه فى استعماله .

ومعـــيار التعســـف فـــى استعمال الحق هو ذات معيار الخطأ التقصيرى ، إذا التعسف صورة من هذا الخطأ ، فيجب ألا ينحرف صـــاحب الحـــق عـــن السلوك المألوف للشخص العادى ، فإذا هو انحـــرف– حـــتى لو لم يخرج عن حدود الحق – عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لايعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى عددتها المادة الخامسة من القانون ، والتى يطلق عليها معايير التعسف فى استعمال الحق وهى[١] :

---

(١) السنهورى ص٧٠٣ .

١- قصد الإضرار بالغير .

٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا .

٣- تحقيق مصلحة غير مشروعة .

ونعرض لهذه المعايير الثلاثة فيما يلى .

١٠٨- المعيار الأول :

قصد الإضرار بالغير .

أول هـــذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير .

وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به .

وتـــتوافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة غير مقصودة لصاحبه . أو منفعة تافهة .

فهـــذا الميعار يبحث عنه فى ضمير الشخص ، ولكن يمكن أن يســـتدل علـــيه بمسلك الشخص الخارجى . فيستطيع القاضى أخذا بالقرائـــن القضائية أن يستنبط من هذا المسلك الخارجى توافر قصد الإضرار بالغير لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالا مشروعا. ومـــن أهم هذه القرائن انعدام كل مصلحة أو تحقق مصلحة ضئيلة غـــير مقصودة لصاحب الحق فى استعماله على الوجه الذى جعله يســـبب ضررا للغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك إذ يستنبط من ذلك أنه إنما استعمله بقصد الإضرار بالغير .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير .

وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به .

وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق .

والجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه ، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تفاهة المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة " (١).

١٠٩ـ تطبيقات عملية للتعسف طبقاً لهذا المعيار :

من التطبيقات العملية للتعسف طبق لهذا المعيار ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٦٩٥ مدنى من أنه :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٠٩ .

"١- إذا كـــان كان العقد قد أبرم لمدة غير معينة ، ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد، لــزمه أن يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه . ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذى كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التى تكون ثابتة ومعينة ، مع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة .

٢- وإذا فســخ العقــد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخـــر ، إلـــى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مـــراعاة مـــيعاد الإخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بســـبب فســـخ العقـــد فسخا تعسفيا . ويعتبر الفصل تعسفيا إذا وقع بســـبب حجـــوز أوقعـــت تحت يد رب العمل ، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير" .

٢- ما تنص عليه المادة ٦٩٦ مدنى من أنه :

"١- يجـــوز الحكـــم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصـــل مـــن رب العمـــل ، إذا كـــان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أومخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد .

٢- ونقـــل العـــامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الـــذى كـــان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لايعد عملا تعسفيا بطريق

غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل " .

٣- إقامـــة مـــالك مدخنة بسطح منزله فى مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه.

٤- إحـــداث المالك حفرا فى أرضه لمجرد منع وصول المياه إلى جاره .

٥- إقامـــة المالك حاجزا من ألواح لحجب الضوء عن جاره ، طالما تبين أن قصد المضايقة هو الغرض الوحيد لذلك (١).

٦- تـــرك المـــالك كلبه الخطر طليقا فى حديقة منزله بغير ما يستوجب ذلك .

٧- التعسف فى توجيه اليمين الحاسمة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخـــر . علـــى أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها " .

فاليميـــن الحاســـمة ملـــك الخصم لاملك القاضى ومن ثم يكون متعيـــنا علـــى القاضـــى أن يجيـــب طلب توجيهها متى توافرت شـــروطها إلا إذا بان له أن الدافع إلى توجيه اليمين غرضا انتقاميا

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٣٣ .

ظاهــرا أو الرغــبة فى إعنات خصمه وإحراجه أو كان ثابتا من عناصـــر الدعــوى بطــريقة لاتحتمل الشك كذب الوقائع المطلوب التحليف عليها ، إذا يكون الخصم متعسفا فى توجيه اليمين (١).

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

(أ) - " جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصـــم لا للقاضى وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافـــرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف فى هذا الطلب . ومحكمـــة الموضوع وإن كان لها السلطة فى استخلاص كيدية اليمين فإنـــه يتعيـــن عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تـــؤدى إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقـــائع المـــراد إثـــباتها منتفية بمحررات صادرة ممن طلب توجيه اليمين فهذا منها قصور فى التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إتيانها باليمين تتعارض مع الكتابة لايفيد بذاته أن اليمين كيدية ".

(طعن رقم ٩٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠)

(ب)- " اليميـــن الحاســـمة ملـــك الخصم له أن يوجهها متى توافـــرت شـــروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها إثـــبات ما يخالف عقدا مكتوبا ولو رسميا ، إلا فيما لا يجوز الطعن

---

(١) الأســتاذ أحمــد نشــأت رسالة الإثبات الجزء الثانى ١٩٧٢ص ١٤٥ ومابعدها .

فـيه (من العقد الرسمى) إلا بالتزوير . ومن ثم يكون متعينا على القاضــى أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى طلبه . والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه فى دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفا فى توجيهها ، ومن ثم لايصح أن يكون ذلك سببا للحكم برفض توجيه اليمين ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧)

(ج)- (١)" الــنص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلــى الخصم الآخر وللقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعســفا فــى توجــيهها ، مؤداه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن اليمين الحاسمة ملك للخصم فيكون على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعســف فــى هــذا الطلــب ، ولمحكمــة الموضوع السلطة فى اســتخلاص كيدية اليمين على أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه " .

(٢) " إذ يبيــن من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعــن توجــيه اليمين الحاسمة فى شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمســين جنــيها مــن الدين العالق بذمته على سند من القول بأن الدعــوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثنى عشــر عامــا دون أن يزعم الطاعن وفاءه بذلك المبلغ الذى يدعيه

وأنـــه مـــا اســـتهدف بهـــذا الطلـــب استظهارا من ظروفالدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضى ، لما كان ذلك، وكـــان هذا الذى أورده الحكم كافيا فى حدود سلطته التقديرية لحمل قضـــائه فى استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الحاســـمة ، فـــإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣)

٨- التعسف فى حق التقاضى :

حـــق الادعـــاء أمـــام القضاء ليس على إطلاقه . إنما هو مقيد بوجـــود مصـــلحة مشـــروعة جدية ومشروعة ، فيعتبر عسفا ذلك الادعـــاء الـــذى لايســـتند إلى هذه المصلحة وإنما كان وليد نزعة شـــريرة أو كان بسوء نية أو بقصد النكاية أو بخطأ جسيم يتساوى والغـــش بل إن مجرد الرغبة فى المشاكسة أو الاجتراء الظاهر فى الادعـــاء، أو ذلـــك الادعـــاء غـــير المعقول ، إنما يكفى لوجوب الـــتعويض ، وحـــتى الـــرعونة أو مجرد الخفة فى الادعاء يوجب المساءلة. وكذلك يعتبر متعسفا من يرفع عدة دعاوى لإشباع ضغنه العائلى ، والذى يعلن بعض أقارب زوجته بعدة دعاوى لمضايقتهم باستمرارها سنوات عديدة وذلك لشدة حقده عليهم .

ومـــن يرفع دعوى ينسب فيها إلى كاتب العقود تقصيرا ، على غير أساس مقبول وبغير ترو . والذى يرفع دعواه أمام محكمة غير

مختصة وهو يعرف ذلك ، بقصد أن يتجشم مدينه متاعب الانتقال. ومـــن يخـــتار عمدا من بين الطرق القانونية المواتية له ، ما يضر بالغـــير ، ومن غير أي فائدة يجتنيها ، ومن يبنى دعواه على وقائع غير صحيحة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " حـــق الالـــتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التى تثبت للكافة، إلا أنه لايسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالـــتعويض – وسواء فى هذا الخصوص أن تقترن هذا القصد بنية جلـــب المـــنفعة لنفســـه أو لـــم تقرن به تلك النية ، طالما أنه كان يســـتهدف بدعواه مضارة خصمه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفـــلاس المطعـــون علـــيه – فحســـبه ذلك ليقوم قضاؤه فى هذا الخصوص على أساس سليم " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥)

(ب)" مـــتى كانـــت المحكمـــة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضـــوعية مـــن ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاســـترداد التى رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٢٥٧ .

دعــاوى كــيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه إضرارا بــالمطعون علــيه كما استدلت على كيدية الدعاوى التى رفعها – الطاعن على المطعون عليه بمضيه فى التقاضى رغم رفض جميع دعاويــه السابقة وباستمراره فى اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغــم الأحكــام المتعددة الصادرة عليه . فإنه يكون فى غير محله الــنعى علــى حكمهــا بالقصور فى بيان ركن الخطأ فى مسئولية الطاعن ".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

(ج) " حــق الالــتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لايسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عمــا شــرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق " .

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

(د) " حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التى تثبت للكافة فــلا يكــون من استعمله مسئولا عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغــير إلا إذا انحــرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير ".

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

(هـــ) " نصــت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدنى علـــى أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشـــأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لايتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكـــان حقـــا التقاضى والدفـــاع من الحقوق المباحة ولايسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلـــى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصـــم ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى نسبة الخطأ إلـــى الطاعـــن إلى ما لايكفى لاثبات انحرافه عن حقه المكفول فى التقاضـــى والدفاع إلى الكيد والعنت واللدد فى الخصومة فإنه يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٩- التعسف فى حق الدفاع :

علـــى غـــرار إساءة استعمال حق التقاضى ، قد يساء استعمال حق الدفاع للتخلص من الوفاء بالالتزام أو للإضرار بالخصم .

فيعتـــبر متعســـفا فى حق الدفاع المدعى عليه الذى ينسب إلى المدعـــية ســـوء الســـيرة فـــيما أبدى من دفاع فى دعوى مطالبته بتعويضـــات عن فسخ خطبتها ، حتى ولو حكم برفض دعوى هذه المدعـــية . أو مـــن ينســـب إلى خصمه فى سبيل كسب الدعوى ،

أمــورا كاذبــة أو وقــائع تضايقه وتنال منه . أو أن يفشى بقصد التشــهير خصوصــيات خصمه . أو أن يقدم تدليلا عليها مكاتيب وهى لاصلة لها بالدعوى . ومن يقيم دفاعه على غلط جسيم يمكن اعتباره موازيا للغش .

وإنكــار الدعوى فى الأصل حق مشروع، أما إذا أساء المدعى علــيه اســتعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحــيل بــه ابتغاء مضارة خصمه [١]، فإن هذا الحق ينقلب إلى مخبــثة ، تجــيز للمحكمة طبقا للمادة ١٨٨ مرافعات[٢] الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " إن الإجابــة فــى الدعــوى بإنكارها هى فى الأصل حق مشــروع لكل مدعى عليه يقتضى به إلزام خصمه بإثبات مدعاه .

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٥٨ ومابعدها .

(٢) تنص هذه المادة على أن : " يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد .

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل فى الموضوع أن تحكم بغرامة لاتقل عن أربعين جنيه ولاتجاوز أربعمائــة جنيه على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدى طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية ".

فــإن سعى بإنكاره فى دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات .

أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فــيه أو بالتحــيل به ابتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب مخبــثة تجــيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات، الحكــم علــيه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله هو " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٩)

(ب) " لايكفى لإعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٢٩ مــن القانون المدنى وقوع خطأ من الدائن فى مسلكه فى الدفاع فى الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمــده الإضــرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجــرد إبداء الدائن دفاعا يخفق فى إثباته لايدل بذاته على أنه كان سئ النية فى إطالة أمد التقاضى ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفــاع كــيدى وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضى إضرارا، بالمدين " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

(ج) " العــبرة فــى تحديــد نطاق الدفاع فى الدعوى وما يعد تجــاوزا له بموضــوع الخصومة المطروحة وما يستلزمه اقتضاء الحقــوق المدعــى بهــا أو دفعهــا هو أمر يستقل بتقديره قاضى

الموضـــوع بغـــير معقب من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

(د) " إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه – الزوج- قـــدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريرا من مستشفى فيينا علـــق عليه بأن الطاعنة – زوجته – كانت حاملا منه قبل أن يعقد علـــيها، وأنـــه أحـــبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان فى اســـتطاعته ألا يـــتزوجها ، كمـــا قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمســـا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلـــك ردا على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الـــزواج ، وقـــد تمســـكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القـــذف الشائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذا لوعيده أمام الســـفير المصـــرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامـــت علـــيه دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لايمكـــن معـــه استدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعـــون علـــيه علـــى النحو السالف البيان لايستلزمها الدفاع فى القضـــية التى رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته فى

التدلــيل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة ، لم يكن يستلزم أن يــتهمها فـــى خلقهــا وعفتها مدعيا بأنها كانت على علاقة غير شــرعية بـــه ، وحملت منه قبل الزواج . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعــوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . وإذ كـــان الموضـــوع صالح للفصل فيه ، وكان ما نسبه المطعون علـــيه إلى الطاعنة على الوجه المتقدم ينطوى على مضارة لايمكن مـــع وجودهـــا استدامة العشرة الزوجية بينهما ، فإنه يتعين القضاء بتطلـــيق المدعية من المطعون عليه طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٦/٥)

١٠- التعسف فى استعمال حق التبليغ :

إبـــلاغ الجهـــات المختصة بما يقع من الجرائم يعتبر حقا لكل شـــخص وواجـــبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم .

غـــير أن المـــبلغ يكون قد أساء استعمال حق التبليغ عند عدم صحة الشكاية ، وتقوم المسئولية فى ذلك على ما اقترن التبليغ من ســـوء نية ، أو ما صاحبه من اجتراء أو عدم التبصر أو الخفة أو الطيش .

والحكـــم بالـــبراءة أو الأمر بألاوجه ، لايستفاد منه معنى عدم التبصر أو الطيش الموجب للمسئولية ، إذ يمكن أن يكون ذلك مبناه التشكك فى الأدلة المقدمة (١).

ويمكـــن القـــول بـــأن مسئولية المبلغ تتحقق إذا كان فى مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحة الواقعة المبلغ عنها . وأنه يكفى لعـــدم مسئوليته أن تكون قد قامت لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه وتؤدى إلى اعتقاده بصحة ما نسب إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " الـــنص فـــى المادتيـــن ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم- الـــتى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب – يعتبر حقا مقررا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهـــم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ومن ثـــم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لايترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٠٦ .

ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المـبلغ كـان يعـتقد بصحة الأمر الذى أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه . ومن ثم فلا تثريب على المبلغ إذا أبلغ النيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له مـن الظـروف والملابسـات الدلائل الكافية والمؤدية إلى اقتناعه بصحة ما نسب إلى المبلغ ضده " .

(طعن رقم ١٢٣١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠)

(ب) " تبلـيغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لايعد خطأ تقصـيريا يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط".

(طعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(ج) " لمـا كـان الثابت من الشكوى .... والجنح الثلاث التى **تلـتها أن المطعون ضده لم يسلم الطاعنة بعض منقولاتها موضوع تلـك الشـكوى فلما رفعت عليه الجنحة الأولى لهذا السبب عرض علـيها قـيمة بعض هذه المنقولات فقبلتها منه وأنها أبلغت النيابة العامـة فـى الجنحة الثانية بأنه تقاضى منها مبلغ ثلاثة آلاف جنيه كمقـدم إيجـار واستدلت على ذلك بإيصال موقع منه يؤيد بلاغها،**

وأن النـــيابة العامة هى التى رفعت عليه الدعوى الجنائية عن هذه الواقعة فقضى فيها وفى الجنحة الثالثة بالبراءة لعدم الاطمئنان لأدلة الاتهـــام وكـــان مـــؤدى ما تقدم أن الأفعال التى تأسس عليها طلب الـــتعويض لاتفيد انحراف الطاعنة عن حقها فى التقاضى إلى الكيد والعنـــت واللـــدد فـــى الخصومة ولاتتضمن ما يكفى لإثبات كذب الوقائع المبلغ بها ، ومع ذلك أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن الطاعـــنة أساءت بالأفعال المشار إليها استعمال حقها فى التقاضى ابـــتغاء مضـــارة المطعون ضده – وهو من الحكم استخلاص غير ســـائغ وتكييف للأفعال غير صحيح – فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه فساد فى الاستدلال ".

(طعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(د) " المقـــرر – فـــى قضاء هذه المحكمة – أن مفاد النص فى المادتيـــن الرابعة والخامسة من القانون المدنى أن من استعمل حقه اســـتعمالا مشـــروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغـــير ، وأن اســـتعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به ســـوى الإضـــرار بالغـــير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من اســـتعمال الحق وأن حق التقاضى وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لايدعو إلى مساءلة طالما لم

ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده ، ولا يسأل من يلــج أبواب القضاء تمسكا بحق يدعيه لنفسه أو زودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عنه إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(هـ) " تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لايعد خطأ تقصــيريا يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بهــا وأن التبلــيغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والنكاية بمــن أبلــغ عــنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط . فمجرد عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لايقطع حتما بكذبها " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(و) " قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره لصالح المــتهم لايــدل بمجــرده على كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسئولية المدنية طالما لم تفصــل المحكمــة الجنائية فى هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(ز) " اســتبعاد النــيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعــوى الجنائية على غيره لاتنهض دليلا على عدم صحة الوقائع

المبلغ بها ، ولايقيد ذلك المحكمة المدنية التى يجب ألا تبنى قضاءها إلا على ما يقتضيها بحثها عناصر المسئولية من النزاع المطروح عليه " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

١١- التعسف فى استعمال حق النشر :

أوضحت محكمة النقض فى قضاء حديث لها تفصيلا فى التعسف فى استعمال حق النشر ، إذ قضت **بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨** **فى الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ بأن :**

(أ)- " النص فى المادة الخامسة من القانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ فى شأن سلطة الصحافة يدل على أن للصحفى الحق فى نشر ما يحصل عليه من أنباء أو معلومات أو إحصائيات من مصدرها مادام ملتزم فى ذلك حدود القانون باعتبار أن الصحافة تحقق مصلحة المجتمع فى أن يعلم أفراده ما يجرى فيه حتى يتاح لهم الاطلاع على قدر مشترك من القيم الاجتماعية فتكون رباطا يجمع بينهم وهى سبيله إلى التطور باعتبار أن نشر الخبر الصحيح وتوجيه النقد البناء هما الأساس والمنطلق للكشف عن العيوب القائمة والتمهيد لظهور جديد يفضل القديم والتنبيه إلى الأضرار التى تترتب على التصرفات التى تصدر من بعض الأشخاص والدعوة إلى تلافيها " .

(ب)- " أكد الدستور على الأهمية الاجتماعية للصحافة فنص في المادة ٤٧ على أن حرية الرأى مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون والنقد الذاتى والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى وفى المادة ٤٨ على أن حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإدارى محظور وفى المادة ٤٩ على أن تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمى والإبداع الفنى والثقافى وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق ذلك بل إن أداء وسيلة الإعلام قد ينطوى على ما يمس شرف أحد الأشخاص فى صورة قذفه بعبارات قاسية بحيث يتبين أن أداء هذه الوظيفية غير ممكن فى الصورة التى تقتضيها مصلحة المجتمع بدون هذا المساس فإذا ثبت ذلك تعين إباحة هذا المساس ترجيحا بين حقين أحدهما أكثر أهمية من الآخر " .

(ج)- " إذا كان سند إباحة حق النقد على نحو ما سلف هو استعمال الحق وما يقتضيه من وجوب توافر الشروط العامة لهذا الاستعمال ومنها صحة الواقعة أو الاعتقاد بصحتها وطابعها الاجتماعى كشرط لتحقيق المصلحة الاجتماعية التى تقوم عليها تلك الإباحة ذلك لأن المجتمع لايستفيد من نشر خبر غير صحيح أو نقد يقوم على تزييف الحقائق وتشويهها أو يتناول واقعة تمس الحياة

الخاصة لشخص معين ولاتهم المجتمع فى شئ كذلك يشترط لإباحة هذين الحقين موضوعية العرض واستعمال العبارة الملائمة وتعنى أن يقتصر الصحفى أو الناقد على نشر الخبر أو توجيه النقد بأسلوب موضـــوعى فـــلا يلجـــأ إلـــى أسلوب التهكم والسخرية أو يستعمل عـــبارات توحى لقارئه بمدلول مختلف أو غير ملائمة أو أقسى من القـــدر المحدود الذى يقتضيه عرض الواقعة أو التعليق عليها وفى ذلك تقول محكمة النقض إنه وإن كان للناقد أن يشتد فى نقد أعمال خصـــومه ويقسو عليهم ما شاء إلا أن ذلك كله يجب ألا يتعدى حد الـــنقد المباح فإذا خرج ذلك إلى حد الطعن والتشهير والتجريح فقد حقت عليه كلمة القانون " .

(د)- " ضابط ملائمة العبارة هو ثبوت ضرورتها لتعبير الناقد عـــن رأيه بحيث يبين بأنه لو كان قد استعمل عبارات أقل عنفا فإن فكـــرته لم تكن لتحظى بالوضوح الذى يريده وأن رأيه لن يكون له التأثـــير الـــذى يهـــدف إليه وقاضى الموضوع هو صاحب السلطة المطلقة فى تقدير التناسب بين العبارة من حيث شدتها وبين الواقعة موضوع النقد من حيث أهميتها الاجتماعية " .

(هـــ)- " يشترط للإباحة حسن النية ويعنى أن يكون الهدف من نشـــر الخبر أو توجيه النقد هو تحقيق مصلحة المجتمع لا التشهير والانتقام " .

(و) " المقـــرر – وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تكيـــيف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التى يخضع فيها قضاء محكمة النقض لرقابة محكمة النقض " .

١٢- التعسف فى استعمال الوظيفة :

التعسف فى استعمال الوظيفة هو ما يعرف فى القانون الإدارى بالتعســـف فـــى استعمال السلطة . فإذا انحرف الموظف فى أعمال وظيفـــته عـــن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، كان متعسفا فى استعمال السلطة وتحققت مسئوليته [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن القول بإساءة الموظف استعمال حقه يقتضى قيام الدليل على أنه انحرف فى أعمال وظيفية عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذي اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة. فإذا انتفي هذا القصد، وتبين للقاضى أن العمل الذى أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة ، فلا يصح القول بأنـــه اساء استعمال حقه . وإذن فإذا كان الحكم قد أثبت، بما أورده من أدلة مقبولة ، أن رأى القوميسير العام للقسم المصرى بمعرض بـــاريس الدولى كان ضروريا بمقتضى لائحة المعرض ذاته لقبول

---

(١) السنهورى ص ٧١٣ .

معروضات فى القسم العام ، وأن عدم موافقته على طلب الطاعن، لم يكن وليد العسف وسوء استعمال السلطة المخولة له بل فى حدود اختصاصه وما يمليه عليه واجبه من التحقق أولا من جودة ما يرسل إلى المعرض ليعرض به ، كما أثبت أن الطاعن لم يقم بتنفيذ الشروط التى قبلها وكيله ، ورتب على كل ذلك أنه لايستحق تعويضا عن معارضة القوميسير فى قبول معروضاته ولا عما تكبده من نفقات فى سبيل إرسال المصنوعات إلى باريس ، فذلك من الأمور التى من اختصاص محكمة الموضوع البت فيها دون رقابة لمحكمة النقض عليها فيه " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١١/١٩)

١١٠ـ المعيار الثانى :

رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :

عبر النص عن هذا المعيار بقوله :

" إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها " فالمعيار هنا موضوعى ، فهو ليس إلا تطبيقا للمعيار الرئيسى للخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقا على وجه يضر بالغير ضررا بليغا ولايكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لاتتناسب البتة مع هذا الضرر .

فالشـــخص الـــذى يبتغى من استعمال حقه فى الحصول على منفعة ضئيلة مقابل إلحاق ضرر كبير بالنسبة للغير فهو إما شخص مســتهتر لايأبـــه بمصـــالح الناس وإما أنه لايستهدف إلا الإضرار بمصـــالح الغـــير تحـــت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى إليها (١).

فالـــرجل العادى لايغلب مصلحته فى استعمال حقه على واجبه فـــى احترام الغير إذا كانت هذه المصلحة قليلة الأهمية ولاتتناسب البتة مع الضرر البليغ الذى يصيب الغير بسبب ذلك .

ولمـــا كان هذا المعيار كما ذكرنا معيارا موضوعيا بحتا ، هو مسلك الرجل العادى، فلا يقام فيه وزن لقصد الإضرار أو عدمه(٢).

ومن تطبيقات هذا المعيار ما يأتى :

(أ) – تطبيق تشريعى :

نصـــت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدنى الجديد على أن: " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط " .

(أنظر شرح المادة ٨١٨)

---

(١) السنهورى ص ٧٠٥ – حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٠ .

(٢) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٥٥ .

(ب) تطبيقات قضائية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " .... وإذا استخلص الحكم فى حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التى يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية – مصلحة قليلة الأهمية لاتتناسب مع ما يصيب المطعون عليه – المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

٢- " لما كانت المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد جعلت زيادة وحدات المبنى السكنية بالإضافة أو التعلية حقا للمالك ولو كان عقد الإيجار يمنع ذلك دون أن يخل هذا بحق المستأجر فى إنقاص الأجرة إن كان لذلك محل وكانت المادة الرابعة من التقنين المدنى تنص على أن " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر "، كما تنص المادة الخامسة منه على أن " يكون استعمال الحق غير مشروع فىالأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة " فإن استعمال المالك لحقه المقرر فى

المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لايتقيد إلا بالقيود العامة المقــررة بالمادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدنى ، وإذ كان الطاعــن لم يدع – فضلا عن أن يقيم الدليل أمام محكمة الموضوع على هذا الادعاء – أن المطعون ضده لم يقصد سوى الإضرار به أو أن المصــلحة الــتى هدف إلى تحقيقها وهى فضلا عن الجانب الشخصى منها مصلحة عامة تتمثل فى زيادة عدد الوحدات السكنية لاتتناســب البتة مع ما يصيبه هو من ضرر بسببها أو أنها مصلحة غــير مشــروعة فإن المطعون ضده لايكون مسئولا عما ينشأ عن استعماله لهذا الحق من ضرر بالطاعن وإذ كان الحكم المطعون فيه قــد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

٣- " ... وكـــان دفـــاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام علـــى تعســف المطعون ضدها فى طلبها طرده من الأرض محل الــنزاع وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ بدعواها ســوى الإضــرار به وأن مصلحتها فى استرداد هذه الأرض- إن توافــرت – قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التى تلحق به من جراء إزالـــة ما أقامه عليها من بناء ، فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عــن هــذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعــون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ فى تطبيق

القانون ، وإذ حجب الحكم بذلك نفسه عن بحث مدى تحقق أى من صورتى التعسف فى استعمال الحق اللتين تمسك بهما الطاعن وقضى بطرده من الأرض محل النزاع وإزالة ما عليها من بناء يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤)

١١١ـ المعيار الثالث :

تحقيق مصلحة غير مشروعة :

إذا استعمل الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير ، بل لمصلحة شخصية له تتناسب مع الضرر الذى يسببه للغير ، فإن ذلك لايكفى لنفى إساءة استعمال الحق إذا كانت المصلحة التى رمى إليها مصلحة غير مشروعة . وذلك لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها ليحققوا بها مصالح يحميها القانون . لا لتحقيق مصالح غير مشروعة . فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة، مهما عظمت هذه المصلحة ، يسئ استعمال حقه ويعد مخطئا خطأ يوجب مسئوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير[١] .

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا ما كان تحقيقها ينطوى على مخالفة لأحكام القانون ، أو متعارضا مع النظام العام أو الآداب، أو

---

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٥٥ ومابعدها .

المقتضـــيات الاقتصـــادية أو الاجتماعية ، وسواء أكان تحقيق تلك المصلحة غير المشروعة لصاحب الحق أم لغيره .

وهـــذا المـــيعار وإن كان ماديا فى ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وتعتبر المشروع فى هذا المقام خير من نص بعض التقنيـــنات علـــى صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولاتكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكـــام القانون فحسب وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقـــيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب ، وإذا كان المعيار فـــى هـــذه الحالة ماديا فى ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعـــيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضـــاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجـــتمعة أول مـــارس ١٩٢٨ المحاماة س ٨ ص ٧٥٠) وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنينات الحديثة والفقه والقضاء " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٠٥ ومابعدها .

ومن الأمثلة على الاستعمال غير المشروع للحق :

إطلاق مالك البناء المذياع ليل نهار أو إقامته الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم بالرغم من أحكام القانون الاستثنائى الذى يمنع المؤجر من طلب الإخلاء. وكذلك مالك الأرض المجاورة لمطار إذا أقام على حدود أرضه أعمدة شاهقة الارتفاع تعلوها أسياخ حديدية مدببة تعرض الطائرات أو المناطيد للاشتباك بها حتى يجبر شركة الطيران على شراء أرضه بثمن مرتفع . وكذلك إذا فصلت الحكومة عاملا تحقيقا لمصالح حزبية أو مصالح شخصية لبعض الحكام .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المراد بالحق المطلق المقرر للحكومة فى فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها وليس معناه أن تستعمله على هواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التى يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف فى استعمالها ، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لاترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف

المســتغنى عنه أو المنازع فى صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مساءلة الحكومة فى شأنه " .

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠)

٢- " الحكـم الصـادر بالـنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيـير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها . فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى ، وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاعه الطلاق وكان الثابت أيضا أن المطعون علـيها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص فإنه لايكون لهـا بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالف الذكر كسبب لطلبها الـتعويض عن طلاقها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتـبر أن إيقـاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣٠)

١١٢ـ معياران فى المشروع التمهيدى حذفا فى المشروع النهائى :

كـان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يضيف معيارين آخرين إلى المعايير الثلاثة سالفى الذكر هما :

١- إذا كان استعمال الحق متعارضا مع مصلحة عامة جوهرية (م٦/ب) .

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ، وهذا معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى وقننته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضا المواد ٢٧، ٢٨، ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنبا لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والحوائج على أن الفكرة فى خصبها لاتقف عند صدور هذه التطبيقات فهى مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس " (١).

٢- إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف (م٦/ج) .

وجاء عن هذا المعيار بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والمعيار فى هذه الحالة مادى ، وإذا كان الفقه الغربى لايؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق الذى يطلق عليه اسم الإفراط إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٠٩ .

والقضـــاء فـــى مصـــر أمـــيل إلـــى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (العطارين الجزئية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س١٠ ص ٧٨٣ واستئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ب ٤٣ ص ٧٨) وكانت المجلـــة قد قننت هذا الفقه فقضت فى المادة ١١٩٨ بأن كل أحد له التعلى على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضـــرره فاحشا " وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه " كـــل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البـــناء كالســـكنى أو يضـــر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه " وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ ، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهـــذه المـــبادئ ولاسيما فيما يتعلق بصلات الجوار فقضت مجكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن " الملكية الفردية أيـــا كانـــت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار .... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المـــنافع الرئيسية من ملكه " وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها " [١].

إلا أن هذين المعيارين حذفا من المشروع التمهيدى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢١٠ .

ويــرى بعــض الفقهاء أن الميعار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق فى حقوق الجوار وهو معيار " الضرر الفاحش" . وقد حذف فــى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى القانون المدنى الجديد تخــرج عــن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالضرر الفــاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا فى استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق [١].

---

(١) الســنهورى فــى الوسيط جــ١ ص ٧٠٨ – وهناك رأى يذهب إلى أنه ليس فى حذف المعيارين ما يمنع من إمكان تطبيق أيهما عندما تقتضيه ظروف النزاع المطروح ، فكل المعايير التى وضعها الفقهاء ، أو تشير إلــيها القوانيــن، لــم ترد على سبيل الحصر ، بل هى للاسترشاد بها والقياس عليها .

وقد أشار القانون المدنى بالفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ إلى معيار تجاوز الضــرر عن الحد المألوف فى شأن مضار الجوار . وليس ثمة ما يمنع القضــاء إن أمكن- من استنباط معايير أخرى ، حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات . وكذلك لاتخرج مضار الجوار فــى القانون المدنى عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وإذا كــان الضــرر الفاحش خروجا عن حدود الحق ، فإن هذا الخروج هو العســف بعيــنه ، أو هو صورة من الصور العديدة التى تقع بها إساءة استعمال الحق " حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٥٣ ومابعدها" .

١١٣ـ إثبات التعسف :

يقـــع عبء إثبات التعسف على عاتق من يدعيه ، إذ أن الأصل أن صاحب الحق لايتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه لأن الاستعمال المشروع للحق هو واجب الافتراض ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس ، فلا يكلف صاحب الحق بأن يثبت أنه استعمل حقه استعمالا مشروعا .

ويجوز لمدعي التعسف إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط فى التصرف الذى ينتفى عنه وصف التعسف فى فصل العامل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يكون مبنـــيا علـــى أوضاع قائمة ومستقرة وقت حصوله لا على أوضاع قلقة وغير مستقرة وفى الحسبان تخلفها ".

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٤)

وتقدير التعسف والغلو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقديـــر التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه هو من شـــئون محكمـــة الموضوع كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر

---

(١) حسين كيره ص ٧٩٠ .

الـــناتج عـــن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لايلزمها باتباع معايير معينة فى شأنه " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣م)

١١٤ـ أثر التعسف فى استعمال الحق :

إذا تعســـف صاحب الحق فى استعمال حقه طبقا لأحد المعايير الـــثلاثة ســـالفة الذكـــر ، وترتب على هذا التعسف حصول ضرر للمدعـــى فـــإن المحكمـــة تقضـــى بالتنفيذ العينى إذا كان ممكنا أو بالـــتعويض النقدى إذا كان غير ممكن . فللمحكمة أن تقضى بهدم الحائط الذى أدى إلى حجب الضوء والهواء .

كمـــا يجـــوز للمحكمة ألا تقضى بالتنفيذ العينى إذا كان مرهقا للمدين .

ولهـــا أيضا أن تقضى ومن تلقاء نفسها بالتعويض ولو لم يكن المضـــرور قـــد طلـــبه ، وهى بذلك لاتكون قد قضت بما لم يطلبه الخصـــوم ، إذ يعتـــبر طلـــب التنفيذ العينى متضمنا التنفيذ بطريق التعويض ، باعتبار التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٣ .

تنازع القوانين مــن حيث الزمان

مـــادة (٦)

١- النصــوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص .

٢- وإذا عــاد شــخص توافــرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمــة نــاقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لايؤثر فى تصرفاته السابقة .

الشــرح

١١٥ـ مدة سريان التشريع :

تنص المادة ١٨٧ من الدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧١ على أن : " لاتسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولايترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " .

وتــنص المادة (٦٦) على أن : " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبــة إلا بناء على قانون ولاتوقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

ويبيــن مــن ذلك أن التشريع يسرى بعد مضى شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره فى الجريدة الرسمية إلا إذا حدد لسريانه ميعادا

آخـــر ، حتى انتهاء الأجل المحدد لسريانه إذا كان قد تضمن نصا على أجل لسريانه ، فإذا لم ينص على هذا الأجل فإنه يستمر العمل بـــه إلى أن ينقضى شهر من اليوم التالى لتاريخ نشر القانون الجديد أو إلى اليوم الذى حدد لسريانه بنص خاص. والذى يتضمن إلغاءه صراحة أو ضمنا .

فاليوم الذى يصبح فيه التشريع الجديد واجب التطبيق، هو الحد الفاصل بين مدة سريان التشريع القديم ومدة سريان التشريع الجديد، فتنـــتهى به الأولى وتبدأ الثانية . فلا التشريع القديم يسرى على ما يقع بعده ، ولا التشريع الجديد يسرى على ما سبقه . وتحديد نطاق الســـريان الزمانى لايثير أية صعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة .

فبالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة ، فى ظل التشريع القديم تكون محكمة بهذا التشريع ، وكذلك فإن ما ينشأ من مراكز وما يترتب من آثار فى ظل التشريع الجديد، يحكم بهذا التشريع دون التشريع القديم وذلك دون أدنى صعوبة. أما بالنســـبة للمراكـــز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الـــزمان إلـــى ما بعد صدور القانون الجديد، فسنعرض لحكمها فى البند التالى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصـــل أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولايترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، فليس للمحاكم أن تـــرجع إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشـــأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت فى الماضى على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القاضى عند بحثه فـــى هذه العلاقات وما يترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون السارى عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار ".

(طعن رقم ٤٨٢لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٢- " الأصـــل فـــى القوانيـــن ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما اســـتثنى بـــنص خـــاص، وإذ انـــتفى هذا الاستثناء ، والتزم الحكم المطعـــون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠)

١١٦- الأثر المباشر للقانون :

الأصـــل أن القـــانون يســـرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها أو فى انقضائها وهو لايسرى على الماضى .

فالمراكـــز القانونـــية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى

ظلـــه ، أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الـــزمان فـــإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التى تحققت فى ظلـــه، فى حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التى تتم بعد نفاذه .

وبـــناء علـــى ذلك فإن القانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقـــبل مـــوت الموصى يسرى بأثره المباشر ، أى باعتباره القانون الذى استحقت فى ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه ، فى شأن صحة الوصية من حيث الموضوع ، أى من حيث القدر الجائز فيه الإيصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصية ، غير أنه لايســـرى فـــى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيـــث الشـــكل وذلـــك لأنها صدرت فى ظل القانون القديم، وتظل محكومة – فى هذه الحدود- بهذا القانون [١].

وإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، فإنـــه يســـرى علـــى كل نفقة وعلى كل حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق تم فى ظل القانون القديم ، ولكن لايؤثر القانون الجديـــد علـــى مـــا استحق من نفقة وما تم من حضانة قبل نفاذه . وأيضـــا فـــإن القانون الجديد الذى يحرم أو يقيد من الطلاق يسرى علـــى كل زواج قائم وقت نفاذه ، حتى وإن تم هذا الزواج فى ظل

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ – حسن كيره ص ٣٥٩ .

القـــانون القديـــم . وكذلـــك فإن القانون الجديد الذى يعدل من نظام الملكية وأثرها ، يسرى بماله من أثر مباشر، على الملكيات القائمة وقت نفاذه وهكذا [١].

غـــير أنـــه يستثنى من هذه القاعدة العقود أو المراكز القانونية الاتفاقـــية ، إذ تظـــل العقـــود خاضعة فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالهـــا للقـــانون القديم وحده باعتبار أنها تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها أو فى انقضائها، إلا أن هذا مشروط بـــألا يكـــون القانون الجديد قد أخضع هذه المراكز التعاقدية لقواعد آمرة كما سنرى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان التصرف الذى اعتبرته المحكمة وصية قد صدر مـــن المتصرف الذى توفى قبل العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإن أحكام هذا القانون لاتسرى عليه " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٢٢)

٢- " الوصـــية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكـــون له وجـــود قـــانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لاوقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ ومابعدها .

قـانون الوصـية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يعتبر خضوع وصيته لحكم هذا القانون " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٣- " لاتكـون الوصـية لازمـة إلا بوفاة الموصى ومن حقه الـرجوع فـيها كلهـا أو بعضـها حال حياته ، ولا تتحدد شروط الوصـية- بصفة نهائية - إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة مـنه ومـن ثـم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصـى لا وقت صدور الوصية منه وبالتالى يسرى القانون رقم ٧١ لسـنة ١٩٤٦ الخـاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصـى توفـى بعـد العمـل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صـدورها سابقا عليه . فإذا كانت الوصية لوارث وتوفى الموصى فـى تاريخ لاحق للعمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر فإنهـا تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وفقا للمادة ٣٧ مـن القانون المذكور ، والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى عدم نفاذ هذه الوصية إطلاقا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٢١)

١١٧- استثناء من الأثر المباشر للقانون :

ترد على قاعدة الأثر المباشر للقانون عدة استثناءات هى :

أولاً : المراكز القانونية التعاقدية التى يخضعها القانون الجديد لقواعد آمرة :

إذا كــان القــانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية التعاقدية لقواعــد آمــرة ، فإن القانون الجديد يطبق فورا على ما لم يكن قد اكــتمل نشــوؤه مــن عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة ، كما يحكم انقضاءها .

إلا إذا كــان قد صدر بشأنها حكم نهائى فإنها تكون قد تحددت بموجب هذا الحكم النهائى .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

(أ) ســريان المادة (٢٢٧) مدنى بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة على ما يستحق من فوائد عن العقود المبرمة قبل نفاذه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١-" الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنــى الجديــد القاضى بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حــتى علــى الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ ، يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المشار إليه . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قــد قضـــى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدنى الجديد بفائدة

سـعرها ٨% ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء . فإن هـذا الحكـم يكـون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور فى خصـوص المـدة اللاحقـة للعمل به ويتعين نقضه وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩حتى تمام الوفاء".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- " تقضـى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السـابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هما مما يتصل بالـنظام العـام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فورى من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٩٤٩/١٠/١٥ ويسرى السعر المخفض مـن هـذا الـتاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ب) سـريان حكم المادة ٢٣٢ مدنى التى تقضى بعدم تقاضى فوائـد علـى متجمد الفوائد ومنع تجاوز الفوائد لرأس المال على العقود المبرمة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لــم يكــن القانون المدنى القديم يحول دون تقاضى الفوائد إذا تجــاوز مجموعها رأس المال ولاتقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامــت مستحقة لمدة سنة أو تزيد . إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القــانون المدنـــى استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمريــن أولهمـــا منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال. وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعــد والعــادات التجارية ، وهذه القواعد لاتسود إلا فى نطاق المعاملات التجارية " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ج) أحكــام تحديــد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وتعيين أسباب الإخلاء فى قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية :

جــرى قضـــاء محكمة النقض على أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وأسباب الإخلاء هى قواعد آمرة ومــتعلقة بالـــنظام العام ، وتسرى بأثر فورى على جميع المراكز والوقـــائع القائمـــة التى لم تكن قد استقرت نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصـــل أن لمالك الشئ وحده - فى حدود القانون- حق اســتعماله واستغلاله والتصرف فيه ، مراعيا فى ذلك ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملا بالمادتين ٨٠٢ ، ٨٠٦ من القانون المدنى مما مؤداه أن يكـــون للمالك أن يؤجر الأماكن التى يملكها ، وأن يطلب إخلاء المكـــان المؤجـــر إذا انتهت المدة المتفق عليها ، أو قام سبب لفسخ عقد الإيجار وأن يختار مستأجره . وأن يستعمل العين فى أى وجه مشروع يراه . غير أن المشرع رأى بمناسبة أزمة الإسكان ، تقييد حـــق المؤجر فى طلب الإخلاء لانتهاء المدة المتفق عليها أو لفسخ العقـــد الـــذى نشـــأ صحيحا ولم يبطل ولم ينفسخ بقوة القانون أثناء مدتـــه، إلا للأسباب التى نص عليها فى المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لســـنة ١٩٧٧ الـــذى يحكم واقعة الدعوى لنفاذه قبل أن تستقر المراكـــز القانونـــية للخصوم بحكم نهائى ولتعلقه بالنظام العام فيما أورده مـــن نصـــوص آمرة ، فتسرى بأثر فورى على آثار العقود حتى إذا كانت قد أبرمت قبل سريان القانون " .

(طعنان رقما ١٢١٣، ١٣٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٤)

٢- " مـــن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القـــانون يســـرى على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد اســـتحدث أحكاما متعلقة بالنظام العام أفرغتها نصوص آمرة فإنها

تسرى بأثر فورى على المراكز القانونية القائمة وقت العمل به ولو كانـــت ناشـــئة قبله وكان ما تنظمه قوانين إيجار الأماكن من أحكام خاصـــة بـــالإخلاء هـــى مما يتعلق بالنظام العام ، لما كان ذلك ، وكانـــت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة للمادة ٢٣/ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - قد استحدثت حكما جديـــدا بمـــا نصـــت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكـــان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولـــة أو المتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر أو باستعماله فـــى غـــير الأغراض المؤجر من أجلها ، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى الماثلة " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٨٠)

٣- " الأصل أن القانون يسرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها أو فى انقضائها ، وهولايسرى على الماضى فالمراكز القانونية التى نشـــأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى ظله . أما المراكز القانونية الـــتى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان ، فإن القانون القديم يحكـــم العناصر والآثار التى تحققت فى ظله فى حين يحكم القانون الجديـــد العناصـــر والآثار التى تتم بعد نفاذه . ولئن كانت المراكز القانونـــية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذى نشأت فى ظله

باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها أو فى انقضائها ، إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة فحينئذ يطبق القانون الجديد فورا على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة كما يحكم انقضاءها .... الخ " .

(طعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٧)

٤- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون يسرى على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد استحدث أحكاما متعلقة بالنظام العام أفرغها نصوصا آمرة فإنها تسرى بأثر فورى على المراكز القانونية وقت العمل به ولو كانت ناشئة قبله . لما كان ذلك وكانت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذى أدرك واقعة النزاع قبل صدور حكم نهائى قد استحدث حكما جديدا بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة والمتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر أو استعمله فى غير الأغراض المؤجر من أجلها وذلك بعد إنذاره بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة النزاع " .

(طعن رقم ١٤٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٧)

وقد فرقت محكمة النقض فى ذلك بين حالتين :

(الأولـــى) إذا تضمن القانون الجديد تعديلا من شأنه استحداث حكـــم جديد متعلق بذاتية القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو التغيير إضافة أو حذفا فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمـــرة من حيث سريانه بأثر فورى مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذ .

(الـــثانى) أن يكون التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الآمرة – دون مساس بذاتيتها أو حكمها – كما لو استوجب لتطبـــيقها توافـــر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من إجـــراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فـــإن الـــتعديل لايســـرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقـــائع والمراكـــز التى نشأت فى ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى رفعـــت الدعـــوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعـــد إثباتها عملا بالمادة ٢ مرافعات والمادة التاسعة من قانون الإثبات .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " المقـــرر فـــى قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى وتعيين أسباب الإخلاء هى قواعد آمـــرة ومـــتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى على

جمـــيع المراكـــز والوقائع القائمة والتى لم تستقر نهائيا وقت نفاذها ولـــو كانـــت ناشئة قبل تاريخ العمل بها ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قـــانون لاحـــق يتضمن تعديلا فى تشريعات إيجار الأماكن كان من شـــأنه اســـتحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الآمـــرة ســـواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أو حذفا فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فورى مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه. أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة ســـواء مـــن حيـــث إجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولامقررة من قبل فإن التعديل لايسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفـــاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله دون أن يكون له أثـــر علـــى الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القـــانون الذى رفعت الدعوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات علـــى أن كـــل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك " .

٢- " المشرع استحدث بالتعديل الوارد بالمادة ١٨- من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذى كـــان مقـــررا بنص المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧

بـــأن جعله قاصرا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضـــرار بالمؤجـــر وهو أعم وأشمل هو مناط الإخلاء فى مجال تطبـــيق الحالة والأمر الثانى أنه حدد وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء بصدور حكم نهـــائى بذلك . لما كان ما تقدم وكان ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لســـنة ١٩٨١ فـــى الأمر الأول من تعديل فى سبب الإخلاء يتصل بقـــاعدة موضوعية آمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى مباشر " .

٣- " الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر.م١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١. قاعدة موضوعية تتعلق بالنظام العام . سريانها. بأثـــر فـــورى على المراكز القانونية التى لم تستقر بحكم نهائى . اشتراط الحصول على حكم نهائى لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبـــنى . لايمـــس ذاتـــية القاعدة الآمرة . سريانه من تاريخ نفاذ القـــانون المذكـــور دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(طعن رقم ١١٢١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢١)

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٨/٦/٣)

ثانيا : قوانين المرافعات :

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أن :

" تســرى قوانيــن المــرافعات علــى ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، ويستثنى من ذلك :

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣- القوانيــن المــنظمة لطــرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكــام قــبل تــاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق " .

فهــذه المــادة تتضــمن بعض الاستثناءات على الأثر المباشر لقوانين المرافعات تخلص فيما يلى :

١- عــدم ســريان القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى الــتى أقفــل فيها باب المرافعة قبل نفاذها ، فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها .

ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد إلــى ما تقضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعــادة الــنظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه.

٢- لاتســـرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات، على ما بدأ قــبل نفاذهــا من مواعيد (كميعاد الاستئناف أو النقض) . فإذا بدأ مــيعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له، فلا يســرى القــانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر. بل يستمر الميعاد فى جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ فى ظله. والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد فى نهايته على نفس الأساس الذى قامت عليه بدايته .

٣- لاتســـرى القوانيــن المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكـــام الصادرة قبل نفاذها . فإذا صدر حكم فى ظل قانون يبيح الطعــن فى هذا الحكم بالاستئناف مثلا ، ثم صدر قانون جديد يقرر أن مثل هذا الحكم لايقبل الطعن بالاستئناف ، فلا يؤدى صدور هذا القــانون إلــى عدم قبول الاستئناف فى الحكم المتقدم بل يظل قابلا للطعــن فيه . وشأن النقض فى ذلك شأن الاستئناف . وكذلك الأمر لو أن القانون القديم كان لايجيز الطعن فى الحكم بالاستئناف فصدر قانون يجيزه فإن الحكم يظل غير قابل للاستئناف[١] .

ثالثا: القانون الأصلح للمتهم :

تــنص المــادة الخامسة من قانون العقوبات فى فقرتيها الأولى والثانية على أن :

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٦٦ ومابعدها – حسن كيره ص ٣٩٠ ومابعدها .

" يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره " – ومعنى ذلك أنه إذا صدر قانون جديد يزيل أو يخفف من عقوبة كانت مقررة لارتكاب فعل معين فإنه يتعين الحكم بمقتضى القانون الجديد ، أى أن هذا القانون يتناول الجرائم التى ارتكبت قبل نفاذه مادام لم يصدر بشأنها حكم نهائى (بات) .

والقانون الجديد يطبق من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نفاذه.

ولهذا الاستثناء ما يبرره ، فهو يلائم صالح المجرم وصالح المجتمع معا لأن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خففها فلأنه رأى فيها أو فى شدتها ما لا يتمشى مع العدل أو ما لايفيد المجتمع.

رابعا : القانون التفسيرى :

يطبق القانون التفسيرى على الوقائع السابقة على صدوره والتالية لنفاذ القانون الأصلى الذى يرد عليه التفسير، ويجب أن يتعلق الأمر بقانون تفسيرى ، أى لا يأتى بأحكام جديدة ، وإنما يرجح تفسيرا من بين التفسيرات الممكنة . وبذلك لا يستطيع المشرع أن يصدر قانونا بأثر رجعى ، بحجة أنه تفسيرى ، حتى لو نص صراحة على أنه تفسيرى ، إذا كان فى حقيقته يتضمن أحكاما جديدة . إذ على المشرع إذا أراد إصدار قانون بأثر رجعى أن يتبع

الطـــريق الدستورى ، أى يقرره بأغلبية المجلس وبشرط ألا يتعلق الأمر بقانون جنائى يسوئ مركز المتهم [١].

١١٨ـ الأثر الرجعى للقانون :

رأينا أن المادة ١٨٧ من الدستور القائم تجرى على أنه لاتسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولايترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، **ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فـــى القـــانون علـــى خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب .**

ومـــن ثم فإن هذه المادة تكون قد أجازت تقرير الأثر الرجعى للقانون ، أى سريان القانون الجديد على ما تم فى ظل القانون القديم مـــن تكـــون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكويـــن أو الانقضاء ، أو على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى [٢]، وذلك بعدة شروط هى :

١- أن يـــنص القـــانون علـــى الأثر الرجعى . وهذه الرخصة قاصـــرة على القوانين فلا تمتد إلى اللوائح والقرارات التنفيذية [٣]. فلا يجوز أن يكون للأخيرة أثر رجعى ولو نص فيها على ذلك .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٥٠ .

(٢) حسن كيره ص ٣٦١ .

(٣) سليمان مرقس ص ١٩٠ .

٢- ألا يكــون القانون من القوانين الجنائية ، سواء كان النص واردا فــى قانون العقوبات أو فى أى قانون آخر . وهو ما نصت علــيه المــادة ١٨٧ من الدستور صراحة ، وما نصت عليه أيضا المادة ٦٦ من الدستور بقولها :

".... ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

٣- أن يكــون الــنص فــى القانون على سريانه بأثر رجعى بموافقــة أغلبــية أعضاء مجلس الشعب . وأغلبية أعضاء مجلس الشــعب تخــتلف عن أغلبية الحاضرين ، فيجب أن تكون الموافقة بموافقــة مــا يــزيد ولو بواحد على نصف عدد أعضاء المجلس حضروا أو لم يحضروا التصويت .

١١٩ـ النصوص المتعلقة بالأهلية :

تطــبق النصــوص المــتعلقة بالأهلــية بأثر فورى على جميع الأشخاص بغض النظر عن مركزهم فى ظل القانون القديم .

فــإذا صدر قانون جديد يعدل فى سن الأهلية ، فإن هذا القانون يســرى علــى كافــة الأشخاص الموجودين وقت نفاذه . فإذا كان التعديل بالرفع فيخضع له كافة الأشخاص ، سواء من كان منهم قد بلغ سن الرشد وفقا للقانون القديم أو من لم يبلغ منهم هذا السن

والمــثال علــى ذلــك أن قانون المجالس الحسبية الصادر سنة ١٩٢٥ قضــى برفع سن الرشد من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة فيسرى

هذا القانون على الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فيه، فيعتــبر قاصرا كل من لم يبلغ الحادية والعشرين ولو كان قد جاوز الثامنة عشر واعتبر بالغا وفقا للقانون القديم [١].

ولذلــك جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أنه: " وقد أخطأ واضع المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فــى ١٣ أكــتوبر سنة ١٩٢٥ بترتيب المجالس الحسبية إذ ذكر أن الحكــم المتعلق برفع سن الرشد (من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة) فى هــذا المرسوم " لاينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضــى القــانون القديــم ، بــل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا " [٢].

أما إذا كان التعديل بالخفض – أى خفض سن الأهلية – استفاد من هذا التخفيض جميع الأشخاص الذين كانوا لا يبلغون سن الرشد وفقــا للقــانون القديــم . فإذا خفض القانون الجديد سن الرشد إلى عشــرين ســنة فقط ، فإن كل من بلغ هذا السن وقت نفاذ القانون الجديد يعتبر كامل الأهلية فى الحال .

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٥٠ وما بعدها – حسن كيره ص ٣٧٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢١٥ .

معـنى ذلـك أن قوانين الأهلية تسرى بأثر مباشر على الكافة، فهى قوانين تستدعى طبيعتها توحيد مراكز كافة الأشخاص بالنسبة لها فلا يجوز أن يختلف سن الرشد باختلاف الأشخاص .

١٢٠ـ حكم تصرفات الشخص :

يتعيـن الـتفرقة فى بيان حكم تصرفات الشخص التى صدرت منه، بصدد قواعد الأهلية بين نوعين من التصرفات :

(الأول) التصـرفات المـبرمة بعد نفاذ القانون الجديد . وهى تعتـبر صـحيحة إذا صدرت من أشخاص يعتبرهم القانون الجديد كاملى الأهلية .

وهـى باطلـة أو قابلـة للإبطال إن كان هذا القانون يعتبرهم عديمى الأهلية أو ناقصى الأهلية .

(الـثانى) التصـرفات المبرمة فى ظل القانون القديم ، وهذه تحـتفظ بالحكم الذى يقضى به القانون القديم سواء كان بالصحة أو بالبطلان .

فمـثلا لـو أبرم شخص عمره ١٩ سنة تصرفاً اعتبره القانون القديـم صـحيحا لأن سن الرشد فيه ١٨ سنة ، فإن صدور قانون جديـد يجعل سن الرشد ٢١ سنة لايغير من حكم التصرف المبرم فى ظل القانون القديم ، أى أن التصرف يظل صحيحا ، لأنه صدر من شخص كان القانون يعتبره رشيدا [١].

---

(١) نعمان جمعه ص ٢٥١ – رمضان أبو السعود ص ٣٧٠ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيدا تحت سلطان التشريع القديم لا تؤثر فى صحة التصرفات التى صدرت منه فى ظل هذا التشريع . فهذه التصرفات لايجــوز الطعــن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلــية وقــت انعقادها إذ القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢١٦ وما بعدها .

مـــادة (٧)

١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

٢- علـــى أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصـــة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

الشـــرح

١٢١ـ سـريان النصـوص الجديـدة المتعلقة بالتقادم بأثـر فورى مباشر على كل تقادم لم يكتمل :

تســـرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . ومعنى ذلك أن هذه النصوص تسرى هنا بأثـــر فورى مباشر سواء كان التقادم مكسبا أو مسقطا . فإذا صدر قـــانون جديـــد يطيل مدة التقادم ، فلا صعوبة فى الأمر ، إذ يجب ســـريان مدة التقادم الجديدة، على أن يحتسب ما مضى من مدة فى ظـــل القانون القديم . مثال ذلك أنه لو صدر قانون جديد يرفع مدة الـــتقادم المكسب من خمس عشرة سنة إلى عشرين ، وكان الحائز وقـــت نفـــاذ القـــانون الجديد قد مضى على حيازته المكسبة عشر ســـنوات فـــإن التقادم يتم بعد مضى عشر سنوات أخرى من تاريخ نفاذ القانون الجديد ، حتى تصبح المدة بكاملها عشرين سنة [١].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧١ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٢١٧.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأصــل فــى مــدد التقادم أن اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شــرعت لمصلحته ويكون من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إقامة الدلــيل علــى كســبه لحــق معين أو براءة ذمته من التزام معين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وكل تقادم لم يكتمل فى ظل تشريع قائم لايرتب هذا الأثر فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يســرى هذا التشريع (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ١٦) .

أمــا إذا صدر القانون الجديد مقصرا لمدة التقادم ، فإنه يسرى حكم المادة الثامنة من القانون .

(أنظر شرح المادة الثامنة) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنــه وإن كــان قضاء هذه المحكمة قد جرى - فى ظل القانون المدنى الملغى - على أنه لايشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكــان احــتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالــتقادم الخمسى، سواء فيما قبل قانون التسجيل أو فيما بعده، أما اشــتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضــع اليد فلا نزاع فيه قانونا ، إلا أنه قد استقر أيضا ، على أن مضــى المــدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا ابتدأت تحت

ســلطان قانون قديم ولم تتم ، ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتهــا فالقـــانون الجديد هو الذى يسرى وتدخل المدة التى انقضت تحــت ســلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديــد، وقــد نصــت الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنـــى الجديــد المعمول به ابتداء من ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ علـــى أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٢- " المـــدة المكســبة للملكية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديــد فعــدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخــل المـــدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المـــدة الـــتى قررها القانون الجديد ، وذلك وفقا لما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الحالى المعمول بـــه ابــتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥ من أن " تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " .

(طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦)

١٢٢ـ اكتمال التقادم قبل نفاذ القانون الجديد :

إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل أن يصدر قانون جديد يزيد مـدة الـتقادم ، فإنه لا أثر على لكتمال مدة التقادم من صدور هذا القانون الجديد ، ويكون التقادم قد اكتمل طبقا للقانون القديم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـتى كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسـنة ١٩٥٣ الـذى عـدل مـدة تقادم الضرائب والرسوم المسـتحقة للدولـة وجعلهـا خمس سنوات بدلا من ثلاث فإن هذا القانون لاينطبق ولا يؤثر فى اكتمال التقادم بمضى ثلاث سنوات".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٩)

٢- " القـاعدة بحسـب مفهوم المادة ٧ من القانون المدنى أن النصـوص الجديـدة المـتعلقة بالتقادم لاتسرى على ما اكتمل من الـتقادم وفقـا للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديدة فإذا كانـت مدة التقادم وفقا للمادة ٢/٣٧٧ من القانون المدنى قد اكتملت بالنسبة لجميع المبالغ المطالب بردها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسـنة ١٩٥٣ فـلا يسرى القانون المذكور على هذا التقادم وبالـتالى فلا محل للاستناد إلى الحكم المستحدث الوارد فى عجز المادة الثانية منه والذى يقضى ببدء التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقـه فى الرد إذا ظهر هذا الحق بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)

١٢٣- سـريان النصوص القديمة على بدء التقادم ووقفه وانقطاعه :

لايمـس القـانون الجديـد بما توافر فى ظل القانون القديم من عناصـر مـتعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببدئه ووقفـه وانقطاعـه . على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهـذا القـانون ، طالمـا تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد – دون رجعية – المساس به أو الرجوع فيه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى إذ ذاك . ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقا لقانون معين ظل البدء أو الوقفَ أو الانقطاع مرتبا لحكمه فى ظل القانون الجديد .

فالمدة التى بدأت تستمر سارية والمدة التى وقفت يمتنع استئنافها مـا بقـى سـبب الوقف قائما ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك والمدة السابقة على سبب الانقطاع لاتحتسب " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إذا كانــت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى فإنه يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة مــن القــانون المدنى إعمال نص القانون المدنى القديم على وقف الــتقادم عــن المــدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى" .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

٢- " مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثــر المباشــر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديــم المدة التى سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٠)

مـــادة (٨)

١- إذا قـــرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديـــم ســـرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢- أمـــا إذا كـــان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديـــم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى .

الشـــرح

١٢٤ـ تقصير القانون الجديد مدة التقادم :

إذا قصـــر القـــانون الجديد مدة التقادم ، فالأصل- إعمالا للأثر المباشـــر لهذا القانون – وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كـــل تقـــادم جار لما يكتمل بعد ومثال ذلك أن يكون القانون القديم يقضـــى بمـــدة تقـــادم مقدارها خمس عشرة سنة ثم يصدر القانون الجديـــد مقصرا هذه المدة إلى خمس سنوات فقط . فإذا كان التقادم الجارى قد مضى من مدته فى ظل القانون القديم ثلاث عشرة سنة، لزم لإتمام مدة التقادم المكسب مدة أخرى جديدة هى خمس سنوات تبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد[١].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ – حسن كيره ص ٢٨٤ ومابعدها- وقد أخـــذت محكمـــة النقض بعكس ذلك فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فقــد يقرر القانون الجديد للتقادم مدة أقصر من المدة المقررة فى النص القديم (فقرة ١ من المادة ١٢) ، وفى هذه الحالة لايبدأ ســريان المدة الجديدة بالنسبة لتقادم بدأ من قبل إلا من وقت العمل بالتشريع الجديد (استئناف أهلى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٨٦ و ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ ص١٩٠).

وجــوب احتساب المدة السابقة لعدم إمكان إلغائها أو إهدارها . إذ قضت بأن :

" إن مضــى المــدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ، ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مداها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القــانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد . وبناء على ذلــك فالقيم الذى انتهت مدة قوامته ولم يكن قد مضى على انتهائها مدة الخمــس عشرة سنة (المسقطة للحق فى رفع الدعوى عليه بتقديم حساب عــن مدة القوامة) قبل صدور المرسوم بقانون الصادر فى ١٢ أكتوبر ســنة ١٩٢٥ الــذى نفذ مفعوله من ٣ مارس سنة ١٩٢٦ والذى جعل ســقوط هــذا الحق بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامة- هذا القيم يسقط حق المحجور عليه فى مطالبته بتقديم حساب عن مدة قوامته متى انقضت خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامة قبل رفع الدعوى ".

(طعن رقم ٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١١/٢٦)

(راجع أيضا نقض طعن ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

كفالـــة لاســـتقرار المعاملات ، فالواقع أن التقادم لم يكتمل فى ظل القـــانون القديم . ولذلك لايترتب حكمه ولم يقصد من تقصير المدة فى القانون الجديد إلى ترتيب هذا الحكم بإرادة الشارع دون انقضاء المدة "[1].

غـــير أننا سنرى فى البند التالى أن الفقرة الثانية وضعت حكما خاصا فى حالة ما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قدرها النص الجديد .

١٢٥ـ حالـة مـا إذا كـان الـباقى من مدة التقادم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد :

الأخـــذ بالأثر المباشر على إطلاقه فى حالة صدور قانون جديد يقصر مدة التقادم قد يؤدى إلى إطالة مدة التقادم بينما يهدف القانون الجديد إلى تقصيرها ، وهو مـــا حدث فى المثال الذى أوردناه فى البـــند السابق . فقد كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديـــم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة من وقت نفاذ القانون الجديد .

لهـــذا فمن غير المعقول إعمال الأثر المباشر للقانون على هذا الـــنحو كما لايعقل تطبيق هذا القانون على احتساب ما بقى من مدة فـــى ظـــل القانون القديم وإلا أخذنا بالرجعية . ولهذا فالمعقول هو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٢٢ ومابعدها .

استمرار القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته . وبذلك نكون قد أعملنا الأثر المستمر للقانون القديم بدلا من الأثر المباشر للقانون [1]. وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيد أنه رئى أن تستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٢ حالة اكتمال مدة التقادم التى نص عليها القانون القديم فى ظل القانون الجديد . ولكن قبل أن تنقضى المدة الجديدة بتمامها . ويتحقق ذلك كلما كانت البقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التى تقررت فى التشريع الجديد. كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ولم يبق لاكتمالها سوى سنتين ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاث سنين . ففى هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملا بانقضاء هاتين السنتين ، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله إمعانا فى تحقيق العدالة .

وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٢ على الحالة التى يكون فيها الباقى من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأسرها. ولعل هذا يوجب بصورة ظاهرة صرف النظر عن الزمن الذى مر من قبل وافتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ويعتمد عليها المتعاملون دون أن يكون هناك محل للمفاجأة.

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ – أحمد سلامه ص ٢٥٤ ومابعدها .

وقـــد آثـــر المشـــروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التى خطـــرت للفقه والقضاء لأنه أقلها استهدافا للنقد وأدناها إلى تحقيق العدل والاستقرار "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى مدة تقادم تسقط بمقتضـــاها دعـــوى الـــتعويض الناشـــئة عن العمل غير المشروع بانقضـــاء ثـــلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضـــرر وبالشخص المسئول عنه وكان النص على هذا التقادم يعد بهـــذه المـــثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه يحكمـــه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قـــانون سابق المادة الثامنة من القانون المدنى التى تقضى بسريان مـــدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مـــدة للـــتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصـــر من المدة التى قررها النص الجديد وذلك دون الفقرة الثانية مـــن المـــادة الأولى من قانون المرافعات السابق التى تقضى بعدم ســـريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٢٣ .

مـــادة (٩)

تســـرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فـــى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده .

الشــــرح

١٢٦ ـ المقصود بالأدلة التى تعد مقدما :

يقصد بالأدلة التى تعد مقدما نوع معين من الإثبات هو "الإثبات أو الدلـــيل المهـــيأ " أى الدلـــيل المعد أو الواجب الإعداد قبل أى خصـــومة قضائية ، مما يفترض أن إعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينـــبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لإثباته، فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، وهذه الأدلة تشمل الكتابة والقرائن [١].

١٢٧ـ القانون الذى تخضع له الأدلة المعدة مقدما :

تـــنص المـــادة علـــى أن تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده .

فســـواء كـــان الدلـــيل معدا أو لم يعد وكان يجب إعداده ، فإنه يخضع لأحكام القانون الذى كان معمولا به فى الوقت الذى أعد فيه

---

(١) حسن كيره ص ٣٨٦ وما بعدها – أحمد سلامه ص ٢٥٨ .

الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده . ذلك أن المشرع افترض أن إعداد الدليل أو وجوب ذلك ينبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لإثباته . فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف، مما يجيز - فى شأن تكوين المركز القانونى- تقريب عناصر إثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذى يتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم إثباته بالدليل المهيأ . وبذلك لايكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الإثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى فمن الرجعية إعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإثبات ، إذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى إثباته .

وإذا كان الدليل المعد محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب إعداده فى ظله بحيث لايكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهياً كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففى الحالتين يبقى الإثبات خاضعا للقانون القديم وحده .

وهذا على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فإنه يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون فى شأنه، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" استثنى المشروع من القاعدة العامة التى قررها فى المادة ١٧ حالة الأدلة المهيأة وهى التى واجهتها المادة ١٨ إذ قضت بأن الأدلة التى تعد مقدما تسرى فى شأنها النصوص المعمول بها فى الوقت الذى يعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى يستطاع أو ينبغى فيه إعداده . وقد جرى القضاء فى مصر على إقرار هذا الاستثناء (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٩٦ رقم ٣٤٦ واستئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ٤٧١) باعتبار أن الدليل المهيأ يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيئته ويكون وثيق الصلة بالناحية الموضوعية فى الحق " [1].

١٢٨ـ أمثلة للأدلة التى تعد مقدما :

من الأمثلة على الأدلة التى تعد مقدما أو التى كان يجب إعدادها والتى تخضع للقانون السارى وقت إعدادها أو الوقت الذى كان يجب إعدادها فيه ما يأتى :

١- كانت المادة (٤٠٠) مدنى تنص على أنه فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٢٦ .

وبعـــد صـــدور قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ رفعت المـــادة ٦٠ مـــنه (معدلـــة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) نصاب الإثبات بالكتابة إلى أكثر من خمسمائة جنيه .

فإذا كان التصرف الذى عقد فى ظل المادة (٤٠٠) مدنى قيمته خمســة عشـــر جنـــيها فإنه يظل واجب الإثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون الإثبات (المعدل) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "النص فى المادة التاسعة من القانون المدنى على أنه "تسرى فـــى شـــأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الـــذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده يدل علـــى أن القـــانون الـــذى نشأ التصرف فى ظله هو الذى يجب أن يحكمه من حيث إثباته " . وإذ كان عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ الذى استند إليه المطعون عليه فى شراء حصة الطاعن فى الجرار موضـــوع النزاع قد أبرم قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإنه يخضع فى إثباته للأحكام الواردة فى القانون المدنى" .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨)

٢- تـــنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحـــد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فـــيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا

إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل على ما يخالف ذلك " .

فهـذه المـادة قد استحدثت قرينة قانونية على نية الإيصاء من تصـرف الشخص إلى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصـرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، ومن ثم فهى لاتسرى على التصرفات السابقة على نفاذ التقنين المدنى الجديد وإلا كان سريانها رجعيا .

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أقامت المادة ٩١٧ من القانون المدنى قرينة قانونية من شأنها – متى توافرت عناصرها – إعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات على عاتق المنصرف إليه . والقاعدة الواردة بهذه المادة مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى إذ كان المقرر فى ظل ذلك التقنين أن الأصل فى تصرفات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أولا بأخذ كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره " .

(ب) " لما كانت القرينة القانونية التى استحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدنى هى مما لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا فإن التصرفات السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ – تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم – لاتخضع لحكم المادة ٩١٧ سالفة الذكر." .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢)

٣- تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين) على أن :

" إذا لم توجد عقود كتابية أو تعذر الحصول عليها جاز إثبات شروط التعاقد والأجرة المتفق عليها والتكاليف الإضافية المشار إليها فيما تقدم بجميع طرق الإثبات مهما كانت قيمة النزاع " ، أى أن هذه المادة قد أجازت للمؤجر والمستأجر على حد سواء إثبات العلاقة الإيجارية وشروطها بالبينة والقرائن . ثم صدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وأوجبت المادة ١٦ منه اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون إثبات المؤجر عقد الإيجار كتابة .

وورد نص مماثل فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م٢٤) . ومع هذا فإن العلاقة الإيجارية التى أبرمت فى ظل القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تظل جائزة الإثبات بالنسبة للمؤجر بغير الكتابة.

(تنازع القوانين من حيث المكان)

مــادة (١٠)

القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديـد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها .

الشــرح

١٢٩ـ متى تعرض مسألة تنازع القوانين ؟

لاتــثور مسألة تنازع القوانين إذا كانت العلاقة القانونية وطنية فــى جميع عناصرها ، بأن نشأت فى داخل الدولة وبين مواطنين، وما يتصل بموضوعها موجودا فى الدولة أيضا ، فالقانون الوطنى هــو الواجــب التطبــيق فى هذه الصورة ، سواء كان هو القانون المدنــى أو القانون التجارى أو قوانين الأحوال الشخصية ، كبيع تم فــى مصــر بين مصريين بخصوص عقار موجود فى مصر، أو كزواج انعقد فى مصر بين مصريين .

ولمعرفة كيف يدخل العنصر الأجنبى رابطة من روابط القانون الخاص ، نقرر أن الرابطة القانونية تتكون من عناصر ثلاثة هى:

أولاً : ســبب منشــئ أى مصدر الرابطة أو الواقعة القانونية الــتى أنشأتها ، سواء كان هذا السبب المنشئ تصرفا قانونيا كالعقد أو الوصــية ، أو واقعــة مادية كعمل ضار، أو نصا فى القانون .

ويتعيــن هذا السبب المنشئ بالزمان والمكان ، أى أن له زمانا يتم فــيه ومكانــا يقع به ، ولهذا التعيين أهمية فى تحديد القانون الذى يحكم الرابطة القانونية .

ثانــيا : أشــخاص العلاقة القانونية أى أطرافها ، فهناك مثلا الــبائع والمشــترى ، والمقرض والمقترض ، والزوج والزوجة ، والمتسبب فى الضرر والشخص المضرور ، وهكذا .

ثالثا : موضوع الرابطة القانونية ، وهو متنوع مختلف بحسب الغايات المقصودة ، فقد يكون التزاما بعمل أو بامتناع ، وقد يكون نقــل حــق عينى فإذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها ، بأن كان سببها المنشئ قد وقع فى الخارج ، أو كان أحد طرفيها أجنبيا، أو كــان الشئ محل الرابطة فى الخارج ، فيقال عندئذ أن عنصرا أجنبــيا قــد دخل فى رابطة ، ومثالها ، تعاقد مصريين مقيمين فى فرنســا علــى عقار موجود فى مصر ، فهنا دخل العنصر الأجنبى على سبب الرابطة، إذ أن التعاقد قد وقع فى مكان أجنبى .

أو أن يــتعاقد مصــريان فــى مصــر على عقار أو منقولات موجــودة فــى الخــارج فهــنا دخل العنصر الأجنبى بسبب وجود الموضوع خارج الدولة.

أو يــزوج مصــرى بأجنبــية فى مصر ، وهنا دخل العنصر الأجنبى على طرف فى الرابطة القانونية .

وأخـــيرا قـــد يدخل التأثير الأجنبى كل عناصر الرابطة ، كأن يتعاقد مصرى مع أمريكى فى فرنسا على عقار موجود فى إيطاليا، ويقوم نزاع بينهما .

وأهـــم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنبى مسألتان : معرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين ، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص [١].

١٣٠ـ تكييف العلاقات بين الخصوم :

ذكـــرنا فى البند السابق أن أهم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنـــبى مســـألتان : معـــرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين ، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص .

علـــى أن القاضى الوطنى قبل أن يبحث عن القانون الذى يحكم العلاقـــة وعـــن تحديد اختصاصه ، فإنه يجب عليه حتى يتمكن من تحديـــد ذلـــك أن يقوم بتكييف هذه العلاقة ليردها إلى نظام قانونى معين .

والمـــراد بالتكييف تحديد الوصف القانونى أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية معينة . وتكون عملية التكييف إذن عملية عقلية يقصد

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٤٩ ومابعدها .

بهـــا تحليل الوقائع أو التصرفات التى تعرض أمام القاضى ، وذلك للوقوف على الوصف الذي يعطيها إياها القانون .

وتحديد الوصف القانونى لمسائل تنازع القوانين أمر من الأهمية بمكان لأنه بغير ذلك لايمكن تطبيق القواعد المتعلقة بها [١].

فمــثلا إذا كانــت قواعــد الاختصاص بالنسبة للمنازعات ذات العنصـــر الأجنــبى تفرق بين ما إذا كان النزاع خاصا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، وكان القانون الذى يحكــم العلاقــة يــتوقف أيضا على معرفة طبيعة هذه العلاقة أهى علاقة أحوال شخصية أم لا ، فعلى القاضى إذن لتحديد اختصاصه ولتحديد القانون الذى يحكم العلاقة ، أن يكيفها ويبحث عن طبيعتها هل هى علاقة أحوال شخصية أو علاقة مالية فإذا انتهى إلى تكييفها انتقل لمعرفة حدود اختصاصه وتعيين القانون الواجب التطبيق.

فقــد يــثور التساؤل عن موضوع الميراث أو الهبة هل هو من المســائل الشخصــية أو من مسائل المالية ، وذلك لأن الدول غير متفقه على ما يعتبرمن الأحوال الشخصية وما يعتبر من المعاملات المالية وإنما تتفاوت التشريعات المختلفة فى هذا الأمر.

(١) الدكــتور حامد زكى القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية ١٣٥٨ هــ- ١٩٤٠ م ص ٢٠٠ ومابعدها .

وقـــد يـــثور التساؤل أيضا حول تحديد طبيعة موضوع العلاقة القانونية ، هل هو عقار أو منقول مثلا .

وطـــبقا للمادة العاشرة فإن القاضى عندما يبحث تكييف رابطة قانونية يجب أن يكيفها طبقا للقانون المصرى .

والمقصـــود بالقانون المصرى فى هذا النص هو المبادئ العامة فى هذا القانون أيا كان مصدرها دون التقيد بالنصوص التشريعية، فـــإذا وجد القاضى أن النصوص القانونية تحمل تكييفا معينا أخذ به وعـــند غياب النص يقوم القاضى بالتكييف وفقا للمبادئ العامة فى القانون المصرى[١] .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تقضـــى الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلـــى القانون المصرى فى تكييف الروابط القانونية تمشيا مع الرأى الـــذى كـــان ينعقد عليه الإجماع فى الوقت الحاضر . ويراعى من ناحية أن للنص على هذا الحل أهمية خاصة فى مصر بسبب توزيع ولايـــة القضـــاء بيـــن محاكم مختلفة . وينبغى أن يفهم من وجوب رجـــوع المحـــاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكييف إلزامها بالـــرجوع إلى القانون المصرى فى جملته – بما يتضمن من قواعد

---

(١) المستشـــار الدكتور محمد شتا أبـــو سعـــد التقنين المدنى الجزء الأول ص ١٧٦ .

تتعلق بالأشخاص او بالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد- دون أن تقتصــــر علــــى الأحكــــام التى تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه [١].

ويذهب رأى فى الفقه إلى وجوب اتباع المنهج المقارن للتوسع فـــى مفهوم قانون القاضى المصرى وخاصة عندما لايجد القاضى فـــى القانون المصرى ما يساعده على تكييف المسألة المعروضة، فيكون على القاضى أن يستأنس بروح القانون الأجنبى ويتوسع فى مفهـــوم الفكــــرة المسندة للاعتبارات الدولة . ويعد ذلك تلافيا للنقد الموجه لنظرية بارتن فى حالة قصور النظرية عن معالجة الأحوال التى تعرض فيها على القاضى الوطنى علاقة يجهلها قانونه[٢].

وعلـــى ذلك إذا كيف القاضى العلاقة موضوع النزاع وتوصل إلـــى أن اختصاصه بنظره ثابت . وبحث القانون الواجب التطبيق فدلته القواعد التشريعية إلى أن هذا القانون هو قانون أجنبى معين ، كان معنى ذلك أنه يجب أن يطبق هذا القانون الأجنبى ، أى أن هذا القـــانون الأجنـــبى هو الذى ينظم العلاقة وهو الواجب تحكيمه فى النزاع المعروض .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٣٣ وما بعدها .

(٢) الدكـــتور جمال الكردى فى مؤلفه التنازع مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد شتا ص ١٧٦ ومابعدها .

فمـــثلا إذا قالت قاعدة القانون الوطنى إن القانون الإنجليزى هو الذى يحكم العلاقة التى نحن بصددها ، وجب على القاضى البحث عن الحكم الموضوعى فى القانون الإنجليزى والقضاء بموجبه .

ويستوى أن يكون مصدر القانون الأجنبى هو التشريع أو غيره من المصادر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمـــا كـــان المـــرجع فـــى تكيـــيف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليســـت كذلـــك هـــو القانون المصرى وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنـــى، وكان يبين من المادة ١٣ من القانون المدنى والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المـــنازعات المـــتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الأحـــوال الشخصـــية ، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبـــت على النيابة العامة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصـــية وإلا كـــان الحكـــم باطلا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص ، ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الابتدائى لعدم تدخل النيابة فى هذه المسألة استنادا إلى المـــادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت فى تطبيق القانون ، كما يكون فى غير محله استناد الطاعنين إلى القانون السويسرى فى تكييف النظام

المالى بين الزوجين تكييفا يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليها . ولايغير من هذا النظر أن تكون الدعوى قد رفعت أصلا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قيمتها متى كانت قد أثيرت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضى تدخل النيابة فى الدعوى . أما القول بأن المسألة تركت فى عيوب الرضا الخاصة بالاتفاق على النظام المالى بين الزوجين من حيث وجود الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال فى هذا الخصوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شابه قصور إذ أغفل الواقعة الجوهرية التى أثارها الطاعنون وهى أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه ، كل هذه الاعتراضات لاتخرج المسألة المتنازع عليها من حيزها القانونى الصحيح وهو أن النظام المالى الذى يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية " .

(طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- " على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء مصدره التشريع أم غيره من المصادر. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظنى على واقعة الدعوى أخذا بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية فى ظل القانون البيزنطى بهذا الخصوص والتى تقضى

المـــادة الأولى من قرار ١٨٣٥/٢/٢٣ – الخاص بالقوانين المدنية اليونانـــية الذى يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله – باتباعها . لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)

(أنظـــر أيضا شرح المادة ٢٧ التى تنص على أنه إذا تقرر أن قانونـــا أجنبيا هو واجب تطبيقه فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون أن تتعلق بالقانون الدولى الخاص " .

١٣١ـ تطبيق القاضى القانون الأجنبى من تلقاء نفسه :

إذا خلص القاضى من تكييفه للعلاقة القانونية المعروضة عليه، ورأى أن القـــانون الأجنبى هو واجب التطبيق ، تعين عليه تطبيقه دون أن يتمسك الخصوم بذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصرى بوصفه قانونـــا للقاضـــى فـــى مســـائل التكييف لايتناول إلا تحديد طبيعة العلاقـــات فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة (نوع) من طوائـــف الـــنظم القانونـــية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشـــريعيا معيـــنا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال. ومتى تم هذا

التحديد انتهت مهمة قانون القاضى إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضى إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع فى صياغة القاعدة الواردة فى الفقرة الأولى بالمادة ٦ من تقنين بوستامنتى والمادة ٧ من المجموعة الأمريكية الخاصة بتنازع القوانين "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" بحث انطباق القانون الذى طلب المدعى تطبيقه أو عدم انطباقه هو بحث يجب على المحكمة أن تجريه ولو من تلقاء نفسها فى كل دعوى تطرح عليها تمهيدا لإنزال حكم القانون الصحيح على الواقع الذى ثبت لها . ومنازعة الخصم فى انطباق القانون الذى يطلب المدعى تطبيقه لاتتضمن إنكارا منه لاختصاص المحكمة وإنما لانطباق القانون المطلوب تطبيقه فحسب وبالتالى فإن فصل المحكمة فى مسألة انطباق القانون أو عدم انطباقه لايعتبر قضاء منها فى مسألة اختصاص مما يجوز استئنافه دائما " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩)

١٣٢ـ إثبات القانون الأجنبى :

القانون الأجنبى واقعة مادية ، يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٣٥ وما بعدها .

ولايغنى فى إثباته تقديم صورة عرفية تحوى أحكام التشريع.

وإنمـــا يمكـــن إثباته بتقديم صورة رسمية من القانون الأجنبى ويكفـــى اعتمادها من القنصلية الأجنبية ، أو صورة رسمية للأحكام القضـــائية الأجنبـــية متى كانت معتمدة أو كتب الفقه وتخضع كافة الأدلة لتقدير قاضى الموضوع .

وللقاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القانون الأجنبى لتطبيقه وله فى سبيل ذلك الاستعانة بوزارة الخارجية وعموما يجوز إثبات القانون الأجنبى بكافة الطرق عدا اليمين والإقرار .

فإذا عجز القاضى والخصوم عن التحقق من القانون الأجنبى ، فيجب تطبيق قانون القاضى [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التمســـك بتشـــريع أجنبى أمام محكمة النقض لايعدو أن يكـــون مجـــرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغنى فى إثباتها تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٧/٧)

٢- الاســـتناد إلى قانون أجنبى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ولما كانت الطاعـــنة لـــم تقـــدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع - القائم على

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣٤٨ .

القـــانون الأجنبى – أمام محكمة الموضوع ، فإنه يكون سبباً جديدا لايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٣- " إذا كـــان الحكـــم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكـــام لمحكمة النقض والاستئناف الأثينية وإلى فتوى صادرة من المعهـــد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استـــأنس بهـــا لـــتعرف الـــرأى السديد فى تأويل نصوص القانون الـــيونانى وكان لايجدى الطاعنين التحدى بالفقرة الثانية من المادة ١٨٠٧ من القانون المدنى اليونانى ، لأن الثابت من تقريرات الحكم أن الموصـــية قد تصرفت بمقتضى وصيتها فى جمع تركتها وليس فـــى جزء منها ، ولما كان القانون الأجنبى لايعدو أن يكون مجرد واقعـــة يجـــب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، وكان الطاعنان لم يبيـــنا النص القانونى الذى يحول بين الزوجة وبين إمكان التصرف فى نصيب زوجها – الموصى له به والذى توفى قبل وفاة الموصية – ضمن الوصية ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

١٣٣ـ تفسير القاضى للقانون الأجنبى :

يلتزم القاضى بتفسير القانون الأجنبى ، مهتديا فى ذلك بالتفسير الذى استقر عليه الرأى فى البلد الأجنبى [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنست بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى لايعتبر تخليا منها عن وظيفتها " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

ويخضع القاضى فى تفسير للقانون الأجنبى لرقابة محكمة النقض، فكلمة القانون الواردة بالمادة ٤٢٥ من قانون المرافعات والتى تعدد الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالنقض تشمل القوانين الوطنية والأجنبية على حد سواء . فالحكم الذى يخطئ فى تطبيق القوانين الأجنبية أو فى تفسيرها يجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض[(٢)].

---

(١) الدكتور هشام على صادق القانون الدولى الخاص – الكتاب الثانى تنازع القوانين ٢٠٠٤ ص ١٧٤.

(٢) الدكتور هشام على صادق ١٨٢ .

مـــادة (١١)

١- الحالــة المدنــية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولــة الــتى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالــية الــتى تعقــد فـــى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفيــن أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فــيه خفــاء لايســهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لايؤثر فى أهليته .

٢- أمــا النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شــركات وجمعــيات ومؤسســات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولــة الــتى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلــى ، ومــع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى .

الشـــرح

١٣٤ـ الحالة المدنية للأشخاص :

يقصد بالحالة المدنية للأشخاص جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهى صفات تقوم على أسس من الواقع كالســن والذكــورة أوالأنوثــة والصحة أو على أساس من القانون كالزواج والحجر والجنسية [١].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جــ١ ص ٢٤٢ .

فالحالـــة الشخصـــية نوعان : الحالة العامة للشخص أو حالته السياسية وهى جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص فى الدولة، كجنســـية الشـــخص وموطـــنه ، والحالة الخاصة أو المدنية وهى مجموعة الصفات اللصيقة بالشخص والتى تحدد مركزه فى العائلة والقانون الشخصى لايحكم سوى الحالة المدنية للشخص .

وهناك عنصر خاص من عناصر الحالة هو الاسم : فالاسم من العلامات المميزة للشخص والتى تتصل بمركزه العائلى .

أما الأهلية – فى صدد هذا النص – فالمقصود بها أهلية الأداء وحدهـــا ، أى صـــلاحية الشـــخص للالـــتزام بمقتضى التصرفات الإرادية . وهذه الصلاحية تتصل اتصالا وثيقا بالحالة (١).

وتســـرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم أى قانون الجنسية .

فقـــانون الجنســـية هو الذى يحدد سن الرشد وعوارض الأهلية وأسباب الحجر من جنون وعته وسفه وغفله ونحو ذلك . كما يقرر مايترتب على نقص الأهلية من جزاء (٢).

١٣٥ـ الأجنبى ناقص الأهلية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه :

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـــ١ ص ٢٤٢ ومابعدها .

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١٨١ .

"ومـــع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لايؤثر فى أهليته " .

وهـــذا الحكـــم يعد استثناء من القاعدة السابقة التى تجعل قانون جنسية الشخص هو الذى يحكم أهليته . وقصد بهذا الاستثناء حماية المتعاقد مع هذا الأجنبى ناقص الأهلية سواء كان مصريا أو أجنبيا، فإن ذلك لايؤثر فى أهليته ، بل يعتبر كامل الأهلية (١).

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ما يأتى :

١- أن يكون الأجنبى ناقص الأهلية بالنظر إلى قانونه الشخصى، كـــامل الأهلية وفقا للقانون المصرى ، لأن الاستثناء المذكور يقرر ســـببا مـــن أســـباب استبعاد القانون الأجنبى بالنسبة لإحدى الفكر المســـندة وهـــى فكرة الأهلية ، واستبعاد القانون الأجنبى بناء على الجهـــل المغـــتفر بأحكامـــه المتعلقة بالأهلية ، يستتبع حتما وجوب

---

(١) وحال مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة استبدال عبارة " فإن هذا السبب لايؤثر فى أهليته " بعبارة " فإن الأجنبى يعتـــبر فى هذا التصرف كامل الأهلية " دفعا للشبهة التى يولدها إطلاق الـــنص علـــى كمال الأهلية فقد يوجد سبب آخر للحد من الأهلية مع أن المقصود هو عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذى لابسه الخفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٤٥) .

الفصل في النزاع طبقا لقانون معين ، هذا القانون هو القانون المصرى ، إذ لو قيل بغير ذلك لأصبحت أهلية المتعاقد الأجنبى غير محكومة بأى قانون " [١].

٢- أن يكون التصرف الذى كان الأجنبى طرفا فيه من التصرفات المالية ، دون التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

٣- أن يكون التصرف قد أبرم فى مصر وأن يرتب آثاره فيها، لأن المقصود هو حماية المعاملات التى تجرى فى حدود الإقليم المصرى .

---

(١) المستشار محمد شتا أبو سعد ص ١٨١ ومابعدها .

وعكس ذلك المستشار أنور طلبه ص ٣٦٠ ، فهى يشترط أن يكون الأجنبى ناقص الأهلية أيضا بالنسبة للقانون المصرى، لأنه إذا كان رشيدا بالنسبة للقانون المصرى أى بالغ إحدى وعشرين سنة ميلادية ، فإن تصرفه يقع صحيحا إعمالا لإقليمية القانون المصرى وهو ما كانت تنص عليه المادة ١١ من مشروع القانون المدنى التى كان يجرى نصها على أنه " ومع ذلك فالأجنبى الذى يقوم فى مصر بتصرف لا يكون أهلا له بحسب القانون المبين فى الفقرة السابقة- قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص – يلتزم بهذا التصرف إذا كان أهلا للقيام به طبقا للقانون المصرى إلا فيما يتعلق بالعلاقات المتعلقة بالأسرة والمواريث والتصرفات الواقعة على عقارات كائنة فى الخارج ".

٤- أن يكـــون نقص أهلية الطرف الأجنبى يرجع إلى سبب فيه خفـــاء لايســـهل علـــى الطرف الآخر تبينه . ومثل ذلك أن يكون مظهره لايدع محلا للشك فى كمال أهليته [١].

وهـــذا الشـــرط يخضع لمعيار شخصى فيرجع فيه إلى ظروف التعاقد .

١٣٦ـ الأشخاص الاعتبارية الأجنبية :

الأشـــخاص الاعتـــبارية الأجنبـــية ، مـــن شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى .

ومركـــز الإدارة الرئيســـى الفعلـــى هو الذى تنعقد به الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والذى توجد به مكاتب الإدارة .

أمـــا إذا باشـــرت هذه الأشخاص المعنوية نشاطها الرئيسى فى مصـــر ، فـــإن القـــانون المصـــرى هو الذى يسرى على نظامها القـــانونى. والمقصود بالنشاط الرئيسى هو الذى يكرس له الشخص الاعتبارى كافة إمكانياته أو النسبة الغالبة منها[٢].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص٢٤٣.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٢٥٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتعـــرض الفقرة الثانية لحالة الأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعـــيات ومؤسســـات فتوجب تطبيق قانون الدولة التى تتخذ فيها هذه

وانطـباق القــانون المصــرى قاصــر علــى النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية العامة ، دون تصرفاته الأخرى التى تخضع للقانون الذى يسرى على الأشخاص الطبيعيين .

الأشخاص مركزها الرئيسى الفعلى . وكان القضاء المختلط موزع للرأى فــى هــذه المســألة فبعض الأحكام اختار القانون الذى يتكون فى ظله الشــخص المعنوى (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٠ ب ٢٢ص ١٥٨) وبعضــها قــانون جنســية الشركاء إذا اتحدوا جنسية (استئناف مخــتلط ١٠ ديســمبر ســنة ١٨٩١ ب ٤ ص ٤٩) وبعض آخر أثبت الاختصـــاص مبدئيا لقانون الدولة التى يوجد بها المركز الفعلى ولكنه لم يوفــق فى تطبيق المبدأ (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ١٣١) . ولذلك أحسن المشروع إذ قطع بالرأى فى شأن الحكم الذى يجب اتباعه (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٤٣) .

ولم يكن نص المادة كما ورد بالمشروع يتضمن عبارة : " ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى"، وإنمـــا أضـــافتها لجـــنة المــراجعة إلى النص بناء على اقتراح معالى السنهورى باشا (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٤٤) .

مـــادة (١٢)

يـــرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

الشـــرح

١٣٧ـ المقصود بالشروط الموضوعية لصحة الزواج :

الشـــروط الموضـــوعية لصـــحة الـــزواج تشمل كل ما يتعلق بالتراضـــى وهـــى الشروط الخاصة بالإرادة التى تسهم فى تكوين العقـــد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عن أيهما أو من يعاونه ، وتطابق الإرادتين وكذلك كل ما يتعلق بالمحل والسبب.

وتطبـــيقا لهذا المفهوم على الشروط الشرعية للزواج يتضح أن جميع شروط صحة الزواج من الشروط الموضوعية فيما عدا شرط الشهادة الذى يعتبر شكليا .

وعلى ذلك تعد شروط الانعقاد ، وهى كون العاقد مميزا واتحاد مجلـــس الإيجـــاب والقـــبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول من الشروط الموضوعية .

كمـــا يعـــد كذلك أحد شرطى الصحة وهو صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد ، أى غير محرمة على من يريد الزواج منها.

وتعتـــبر شـــروط الـــنفاذ بدورها موضوعية ، ويدخل فى هذه الشـــروط مـــا يـــتعلق بولاية كل من يتولى إنشاء العقد لإبرامه .

فالمــتعاقد باســمه يجب أن يكون أهلا ، كما يتعين أن تتوافر لدي المتعاقد باسم الغير سلطة النيابة .

وأخـيرا فــإن شــروط اللــزوم تعد هى الأخرى من الشروط الموضــوعية . ويعتــبر مــن هــذه الشروط كل ما يتصل بالمهر وضــرورة تعادله مع مهر المثل ومدى توافر الكفاءة المتطلبة فى الزوج .

ورضـــاء أحد الزوجين بالزواج والمقرر فى بعض التشريعات يعد من قبيل الشروط الموضوعية .

أمـــا شــرط الطقوس الدينية فإنه يعد شرطا شكليا وفقا للمفهوم المصرى للزواج بوصفه نظاما مدنيا [1].

١٣٨ـ الـرجوع فـى الشـروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الـزوجين :

يــرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

والمقصـــود هو قانون كل من الزوجين عند نشأة الزواج ، ففى هذا الوقت وحده يرجع إلى قانون معين لبيان الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة الزواج .

---

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مـتى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر أن القانون المدنى الـيونانى والقانون المدنى الإيطالى هما القانونان الواجب تطبيقهما فـى الدعـوى فـيما يـتعلق بشروط صحة انعقاد زواج الطاعن بـالمطعون علـيها وبعد أن قرر أنه وفقا لنص المادة ١٣٥٤ من القـانون المدنـى الـيونانى ونـص المادة ٨٦ من القانون المدنى الإيطـالى لايجـوز لمن كان مرتبطا بزواج سابق أن يعقد زواجا جديـدا قبل انحلال الزواج السابق وإلا كان العقد الثانى باطلا- بعد أن قـرر الحكم ذلك قصر بحثه على حكم القانونى المدنى الإيطالى فيما يتعلق بطلب بطلان الزواج الثانى الذى عقد أثناء غياب الزوج السـابق وقبل أن تنتهى حالة غيبته وانتهى من هذا البحث إلى أنه لايقبل الطعن فى الزواج الثانى طالما كانت حالة الغياب قائمة، ولم يـتعرض لحكم القانون المدنى اليونانى فى هذا الخصوص مع أنه أحـد القانونين الواجب الرجوع إليهما لتعرف الشروط الموضوعية لصحة الزواج الجديد عملا بالمادة ١٢ من القانون المدنى المصرى، ومـع تمسـك الطاعـن بأنه وفقا للنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدنـى اليونانى يعتبر زواجه بالمطعون عليها باطلا إذ لم يصدر حكـم بـانحلال زواجها السابق قبل انعقاد زواجها الجديد. لما كان

ذلــك فإن الحكم إذ لم يتبين حكم القانون اليونانى فى واقعة الدعوى ولم يرد على ما تمسك به الطاعن فى هذا الخصوص يكون قد جاء معيبا بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ القضائية "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٤/١)

فــلا صعوبة فى الأمر إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين، إذ يتعين فى هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتها المشتركة .

أمــا إذا اختلفت جنسية كل من الزوجين ، فإنه يطبق قانون كل مــن الــزوج والــزوجة تطبيقا موزعا . وعلى ذلك فيكفى لصحة الــزواج أن تــتوافر فى الزوج الشروط التى يتطلبها قانونه ، وأن يتحقق لدى الزوجة الشروط المقررة فى قانونها .

ومــع ذلــك فقــد يحدث فى بعض الأحيان أن يتعذر التطبيق المــوزع لقانون كل من الزوج والزوجة . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج أو ما درج الفقه على تسميته بموانــع الزواج . إذ قد يؤدى مراعاة المانع لدى أحد الزوجين إلى ضرورة مراعاته بالنسبة للزوج الآخر .

فــإذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين أو ســبب درجــة القرابة ، وتحقق فعلا اختلاف الدين أو توافرت القرابة المانعة ، فإن الزواج لايقع صحيحا حتى لو كان المنع غير مقرر فى قانون الزوج الآخر .

وإذا كانت موانع الزواج التى يقررها قانون أحد الزوجين يمكن تركيز عناصرها فى جانب هذا الزوج وحده . فإن مناط الفصل فى هــذه المسألة يتوقف على تفسير القاعدة التى تتضمن الشرط المانع للــزواج . فقد يؤدى تفسير قاعدة المنع إلى الاكتفاء باشتراط المنع فــى جانب الزوج الذى تقرر الحظر فى قانونه فقط كما هو الشأن فــيما لــو نص قانون أحد الزوجين والذى لايمنع الطلاق على منع المطلــق مــن الزواج ما بقى زوجه الأول حيا ، إذ أن هذا الوضع لايحــول دون صحة الزواج بين زوج غير مطلق ينتمى إلى الدولة التى يقرر قانونها هذا الحظر وبين زوجة مطلقة – ومازال زوجها الأول حــيا – تتمــتع بجنسية دولة أخرى لايتضمن قانونها شرط المنع من الزواج فى هذا الفرض.

ومــع ذلك فقد يؤدى تفسير قاعدة المنع المقررة فى قانون أحد الزوجيــن إلـــى بطلان الزواج حتى ولو تحقق الشرط فى الطرف الــذى لــم يتضمن قانونه شرط المنع . من ذلك ما يقرره القانون الســويدى فـــى شـــأن مـــنع الزواج إذا كان أحد الزوجين مصابا بأمراض معينة .

ففى هذا الفرض يقع الزواج باطلا حتى لوكان الزوج السويدى– والــذى يقــرر قانونه هذا الشرط– خاليا من الأمراض ، مادام أن الطــرف الآخــر والمتمتع بجنسية دولة لايقرر قانونها هذا الشرط مصابا بأحد الأمراض المنصوص عليها فى القانون السويدى .

وأســـاس هذا النظر أن التفسير السليم لقاعدة التحريم الوارد فى القـــانون السويدى يستتبع القول بأنها لاتهدف إلى منع المرضى من الــزواج فقــط ، وإنما هى تسعى إلى حماية الأصحاء من الزواج بالمرضى (١).

١٣٩ـ يجــب ألا تــتعارض الشــروط الموضـوعية للـزواج مع النظام العام فى مصر :

إذا كـــان القـــانون الأجنـــبى هـــو واجب الاتباع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، فإنه يجب ألا يتعارض هذا القانون مع الـــنظام العـــام فى مصر، وإلا تعين على القاضى استبعاده. فيجب اســـتبعاد القانون الأجنبى إذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة فى مواد الزواج .

فـــإذا كان القانون الأجنبى واجب التطبيق يجيز زواج المسلمة بالكتابى تعين استبعاده .

وإذا كـــان القـــانون الأجنبى يمنع الزواج من ثانية ، فإنه يجب إهداره .

١٤٠ ـ الشروط الشكلية للزواج :

تحديـــد فكرة شكل الزواج هى مسألة فى البداية تكييف تخضع وفقا للقواعد العامة لقانون القاضى .

---

(١) الدكتور هشام على صادق ٢٦٢ ومابعدها .

فموضـــوع التصـــرف – على ما رأينا سلفا– هو الإرادة – أما شكله فهو إظهار هذه الإرادة إلى العالم الخارجى.

وعلـــى ذلك فإن الشهادة فى زواج المسلمين تعد شرطا شكليا، والطقـــوس المتـــبعة فى زواج غير المسلمين شرطى شكلى . فهى لاتدخـــل جميعا فى مضمون الرضاء ، وإنما تهدف فقط إلى مجرد العلانية .

وكانـــت الفقـــرة الثانـــية مـــن المادة ٢٨ من المشروع التمهيدى (المقابلـــة للمادة ١٢) تنص على أن : " أما من حيث الشكل فيعتبر صـــحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبى ومصرى إذا عقد وفقـــا لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين " .

ولكنها حذفت اكتفاء بالقواعد العامة .

وعلـــى ذلك فإن شكل الزواج يخضع للشكل الوارد فى قانونهما الشخصـــى ، وفـــى حالة اختلاف جنسيتهما يلزم استيفاء الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون كل منهما كما يجوز أن يتم شكل الزواج طـــبقا للقـــانون المحلـــى أى طـــبقا لقانون البلد الذى أبرم فيه عقد الزواج. أو يتم فى الشكل الدبلوماسى ونعرض لذلك فيما يلى :

١٤١ـ أولاً : الشكل المقرر فى القانون الشخصى للزوجين :

يصـــح أن يخضـــع شــكل الزواج للقانون الشخصى لكل من المتعاقدين ، أى قانون الزوج وقانون الزوجة ، أى قانون جنسيتهما مادام إجراء هذا الشكل ممكنا فى مصر .

فـــإذا كانـــا من جنسية واحدة خضع الزواج للشكل الوارد فى قانونهمـــا ، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين وكان الشكل مختلف فى قانون كل منهما عن الآخر، وجب أن يتم الشكل طبقا للقانونين. ومعـــنى ذلـــك أنه يتعين مباشرة العقد مرة طبقا للشكل الوارد فى قانون الزوج ومرة أخرى طبقا للشكل الوارد فى قانون الزوجة .

١٤٢ـ ثانيا : الشكل الوارد فى القانون المحلى :

يجوز أن يتم الزواج بالشكل الذى ينص عليه القانون المصرى.

ويـــنص القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق فى المادة الثالـــثة مـــنه (معدلة بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥) على أن : "تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمـــتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العـــدل. ويضـــع الوزيـــر لائحـــة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم .

ويستحق على عقود الزواج المذكورة رسم طبقا للقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه " .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون : "وبمناسبة صدور القانون بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التى كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس الملية وقد وضع المشروع الحالى متضمنا هذا التنظيم ورؤى الإبقاء على نظام المأذونين فيما يتعلق بتوثيق عقود الزواج لدى المسلمين لما فيه من التيسير فى الإجراءات وقربه دائما من المتعاقدين وضمان مراقبته والإشراف عليه كما رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين – فجعل الاختصاص فى توثيق عقود الزواج لموثقين منتدبين يكون لهم إلمام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولون التوثيق فيها وعلى أن لايمس ذلك التوثيق الإجراءات الدينية – ونص المشروع على أن يصدر بشأن هؤلاء الموثقين المنتدبين قرار من وزير العدل ينظم كيفية تعيينهم واختصاصاتهم وتأديبهم على النحو المتبع فى شأن المأذونين ". وقد صدر هذا القرار بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٥٥ وهو يقضى فى المادة ١٥ منه بأن : " لايجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص

المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها".

وظاهر من هذا أن مكاتب التوثيق أصبحت هى الجهة ذات الاختصاص العام بالتوثيق ، وإن استبقى المشرع ، للأسباب المشار إليها فى المذكرة الإيضاحية ، نظام المأذونين ليتولوا توثيق زواج المصريين المسلمين ، واستحدث نظام الموثقين المنتدبين ليتولوا توثيق زواج المصريين غير المسلمين المتحدى الديانة والمذهب والملة . وعلى ذلك فلم يعد هناك بالنسبة للأجانب سوى شكل واحد يجوز إفراغ زواجهم منه . ألا هو الشكل الذى يتم لدى مكاتب التوثيق ، إذ أن هذا الشكل هو الشكل المحلى الوحيد بالنسبة إليهم .

١٤٣ـ ثالثا : الشكل الدبلوماسى أو القنصلى :

يجوز للأجانب أن يتزوجوا فى جمهورية مصر العربية فى الشكل الدبوماسى أو القنصلى ، بشرط أن يكون إجراء الزواج داخلا فى وظيفة الممثل الدبلوماسى أو القنصلى ، حسب قانون دولته ، إذ أن بعض الدول التى تعتبر الزواج نظاما دينيا كاليونان لاتجز لقناصلها مباشرة عقد الزواج . كما أن بعض الدول تستلزم أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما تابعا لها . هذا ومتى كان الزوجان من جنسية واحدة أبرم الزواج لدى قنصل دولتهما ، أما إذا كانا من جنسيتين فيعقد الزواج مرة لدى قنصل الزوج وأخرى

لـــدى قنصـــل الزوجة ، مع ملاحظة حدود اختصاص كل قنصلية حسب قانونهما .

وقـــد قضـــت المحـــاكم المختلطة بصحة الزواج الحاصل لدى قنصلية الزوج وحده .

ويحتج بالزواج القنصلى فى الجمهورية مادام قد تم فى قنصلية تقـــر لهـــا حكومة الجمهورية مباشرة هذا الاختصاص على أنه إذا كـــان للأجانب أن يختاروا ما بين الأشكال الثلاثة المتقدمة ، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين فى الزواج أجنبيين ، فإذا كان أحدهما وطنيا تعين إجراء الزواج فى الشكل المقرر فى القانون المصرى، دون الشـــكل الذى يقضى به قانون جنسية الطرف الأجنبى والشكل القنصلى [1].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " العـــرف مصـــدر أصـــيل من مصادر القانون الدولى ، ولايوجد نص تشريعى فى مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية فـــى مصـــر بأعمـــال التوثيق ، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضـــع وبيـــن مـــا نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتى انضمت إليها جمهورية مصر

---

(١) الدكـــتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص الجزء الثانى الطبعة السادسة ص ١٩٦٩ .

العربية اعتبارا من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتى تقضى بأن الوظائف القنصلية " تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإدارى ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/١٢/٤)

٢- " إن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ من أنه " .... قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع المحررات أيا كانت ... وهذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين ، إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقا لقواعد القانون الدولى .." وما أورده تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه ".... يقتضى توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية المختلفة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها . أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير

المسلمين فى محررات أحوالهم الشخصية التى يتطلب القانون حالا أو مستقبلا توثيقها ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم فى توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقا للقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص ... " ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لايعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته فى توحيد جهات التوثيق التى كانت متفرقة ، وحرصا منه فى ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التى صاحبت إلغاءها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

١٤٤ـ زواج المصريين فى الخارج :

يجوز للمصريين فى الخارج أن يتزوجوا بأحد أشكال ثلاثة هى :

١- فى الشكل الدبلوماسى والقنصلى لدى ممثلى الجمهورية فى الدول الأجنبية:

ذلك أن المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون نظام السلك الدبلوماسى والقنصلى تنص على أن: " يباشر أعضاء بعثات التمثيل القنصلى – فيما يباشرون– الاختصاصات الآتية : وذلك طبقا للاتفاقات والمعاهدات والقرارات على ألا

تتعارض مع قوانين البلاد التى يؤدون فيها أعمالهم ويشترط اتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية والتعليمات المنظمة لمباشرة هذه الاختصاصات :

١- قيد مواليد المصريين ووفياتهم فى حدود دوائر اختصاصهم.

٢- إبرام عقود الزواج والتصادق عليه متى أحد الزوجين أو كلاهما مصرى الجنسية وذلك طبقا للتعليمات المنظمة لذلك. وفى هذه الحالة يكون لأعضاء بعثات التمثيل القنصلى نفس السلطات والاختصاصات المخولة للموثقين والمأذونين الشرعيين فى مصر .... الخ ".

ومن ثم إذا كان الزوجان مصريين أو كان أحدهما مصريا والآخر أجنبيا جاز لهما الزواج بالطريق الدبلوماسى والقنصلى أمام أعضاء بعثات التمثيل القنصلى لمصر فى الدولة الأجنبية .

٢- فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى :

يجوز للمصريين فى الخارج إبرام زواجهم فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى . فإذا كان الطرفان مسلمين جاز لهما الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أى بالإيجاب والقبول وحضور شاهدين تتوافر فيهما شروط الشهادة .

غـير أن الدعـاوى الناشئة عن عقد الزواج لاتقبل فى مصر- عـند الإنكـار - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة (م١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

وكـان يجـوز لغـير المسلمين أن يتزوجوا لدى الكنيسة التى يتـبعونها ولـو لم يكن الزواج أمامها هو الشكل المحلى وذلك قبل تعديل المادة ٣ من قانون التوثيق بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥. غـير أن المادة بعد تعديلها بالقانون الأخير لم تعد تسمح للمصريين غـير المسلمين بإبرام زواجهم إلا عن طريق الموثقين المنتدبين ، وبذلـك لـم يعـد الشكل الدينى من الأشكال التى يأخذ بها القانون المصرى، بحيث يمكن القول بأن المصريين غير المسلمين لايجوز لهـم إبـرام زواجهم فى الخارج أمام الجهة الدينية التى يتبعونها ، وإنمـا يتعيـن علـيهم أن يبرموا زواجهم فى الخارج أمام الممثل القنصلى لمصر .

وقـد اشترطت المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ ألا يكـون ذلـك متعارضـا مـع قوانين الدولة التى تؤدى فيها البعثة القنصلية عملها .

٣- طبقا للشكل المحلى :

يجـوز للوطنيـن فـى الخارج أن يتزوجوا فى الشكل المحلى للدولة التى يزمعون إبرام عقد الزواج فيها .

فـــإذا كان الطرفان مسلمين أو كان الزوج على الأقل مسلما ، وكان الشكل المحلى هو الشكل الإسلامى ، فإنه يمكن إفراغ الزواج فى هذا الشكل .

كذلـــك يمكـــن إفراغ الزواج فى الشكل المحلى متى كان مطلق شـــكل مدنى ، وعلى الأقل متى كان هذا الشكل يكفل شهر الزواج بالشـــهادة ، كما لو تزوج وطنيان مسلمان أمام موثق الحالة المدنية فـــى فرنســـا بحضور شاهدين مسلمين . أما إذا كان الشكل المحلى دينـــيا لما استطاع الوطنيون المسلمون إجراء الزواج فيه ، وعليهم أن يتزوجوا فى الشكل القنصلى .

أمـــا إذا كان الزوجان غير مسلمين ، فإنه يصح عقد زواجهما فى الشكل المحلى سواء أكان هذا الشكل دينيا أم مدنيا [١].

---

(١) عـــز الديـــن عبد الله ص ٢٧٩ ومابعدها – الدكتور جابر عبد الرحمن تنازع القوانين ١٩٦٢ ص ٣١٠ .

مــادة (١٣)

١- يســـرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الـــزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

٢- أمـــا الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى .

الشــــرح

١٤٥ـ القــانون الــذى يســرى على الآثار التى يرتبها عقد الزواج :

يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج علـــى الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

فضـــابط الإســـناد فى شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

وبهذا آمن المشرع – بحق – بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار للزواج .

إذ يـــتعذر إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون واحد ، كقانون جنسية الزوجين مثلا ، إذ لايمكن فى هذه الحالة تطبيق أيهما عندما

يخـــتلفان ، ذلـــك آن الآثار تقتضى الوحدة فى النظام القانونى الذى يحكمها وتنفر بالضرورة من التعدد .

وإذا كـــان مـــن المتعيـــن أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجيـــن ، فإن الأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بوصفه رب العائلة . فضلا عن أن الزوجة تكسب عادة جنسية زوجها .

ولايؤثـــر فـــى الإســـناد تغيير جنسية الزوج بعد الزواج ، لأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج [١].

غـــير أن ســـريان قانون جنسية الزوج وقت الزواج يعتد بنص المـــادة ١٤ من القانون المدنى التى توجب تطبيق القانون المصرى وحده إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج .

---

(١) هشـــام صادق ص ٢٦٩ ومابعدها - حامد زكى ص ٣٦٢ ومابعدها - ويستثنى الدكتور حامد زكى ص ٢٦٣ من حالة تغيير الزوج لجنسيته أن يكـــون الأمر متعلقا بالنظام العام فيطبق قانون أحوال الشخصية الجديد. ولكنه يشير إلى أن لجنة تنازع الاختصاص بوزارة الحقانية أفتت مرارا برأى مخالف لما تقدم فلم تبح لقبطى أرثونكسى بعد اعتناقه الإسلام أن ينفذ حكما شرعيا بالطاعة صادرا ضد زوجته بل اعتمدت حكما صادرا من المجلس الملى بإبطال الزواج لتغيير ديانته ، وقد صدرت هذه الفتوى فـــى سنة ١٩٢٢ وأيدتها أخرى مشابهة فى سنة ١٩٣١ وكذلك فى سنة ١٩٣٥ .

١٤٦ـ المقصود بآثار الزواج :

تنقســم آثار الزواج التى ينطبق فى شأنها قانون جنسية الزوج وقــت انعقاد الزواج إلى آثار شخصية وآثار مالية ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يأتى :

(أ) الآثار الشخصية للزواج :

يرتــب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقا معينة ، كما يقرر بعــض الالتزامات على كل منهما . ومجموع الحقوق والالتزامات المتــبادلة بين الزوجين على هذا النحو هو الذى يطلق عليه تعبير آثار الزواج .

ومــثل ذلــك حــق الزوج على زوجته فى الطاعة والقرار فى المــنزل ، والتأديب ، وواجب الإخلاص المتبادل بينهما والمساكنة وحــق الزوجة فى الصداق والنفقة ، وفى حمل اسم زوجها – فى بعض التشريعات – أما النفقة الوقتية التى تطلبها الزوجة أثناء رفع دعوى الطلاق، فتخضع لقانون القاضى . فالنفقة الوقتية لاتعد أثرا مــن آثار الزواج ، وإنما هى إجراء من الإجراءات التى يقصد بها المحافظــة علــى السلام والسكينة فى الدولة . فهى تهدف إلى درء الضــرر الــبالغ الذى قد يلحق بمن كان فى حالة عوز واشتدت به الحاجة إلى القوت ، وتلك اعتبارات تتعلق بالأمن المدنى [١].

---

(١) الدكتور هشام على صادق ص٢٧١– المستشار أنور طلبه ص ٣٧٦ .

ومــن الآثــار الشخصية للزواج ، أثر قانون الزوج على أهلية المــرأة ، لأن نقــص الأهلية هنا لايقصد به حماية المرأة نفسها ، وإنما يهدف إلى مصلحة العائلة ويتصل بنظام السلطة الزوجية .

فــإذا كن قانون جنسية الزوج يجعل الزوجة ناقصة الأهلية فى تصرفات معينة كانت أهليتها ناقصة فى هذه التصرفات .

ورغم خضوع أهلية المرأة المتزوجة لقانون جنسية الزوج . إلا أن قــانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أخضع هذه المسألة لقــانون الدولــة التى تنتمى إليها المرأة – وليس الزوج– بجنسيتها فنص فى المادة ١/١٤ منه على أن : " ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها " .

علــى أنــه حمايــة للغير من المتعاملين فى مصر مع الزوجة الأجنبية التى تحترف التجارة فقد حرصت المادة ٢/١٤ من القانون على النص على افتراض أنها تزاول نشاطها التجارى بإذن زوجها، فــإذا كان القانون الواجب التطبيق (قانون جنسية الزوجة) يجيز للــزوج الاعــتراض علــى احتراف زوجته التجارة أو سحب إذنه الســابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن فى السجل التجارى ونشــره فى صحيفة السجل ، ولا يكون للاعتراض أو سحب الإذن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر .

ولايؤثــر الاعتراض أو سحب الإذن فى الحقوق التى اكتسبها الغير حسن النية (المادة ٣/١٤) [١].

(ب) الآثار المالية للزواج :

المقصــود بالآثــار المالية للزواج نظام الأموال بين الزوجين والذى تعرفه بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الفرنسى. وهو نظام غريب عن الشريعة الإسلامية وعن النظم التى تحكم الطوائف غير الإسلامية فى مصر .

ولعــل عدم معرفة القانون المصرى بالنظم المالية للزواج هو الذى دفع المشرع المصرى إلى أن يضع لها تكييفا تشريعيا ويلحقها بآثار الزواج .

ويقصــد بالنظام المالى للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المــتفق علــيها بيــن الزوجيــن ، والتى من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتهــا والانــتفاع بها ، ومن حيث الديون التى تتم قبل الزواج وأثــناءه وبعد انحلال عقدته ، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية .

ومن هذه الأنظمة العقد المسمى بمشارطة الزواج (contrat de mariage) وهــذا العقــد يقصــد بها وضع تنظيم اتفاقى للعلائق

---

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٣ ومابعدها .

المالـــية بيـــن الزوجين . وحرية الزوجين فى الاختيار محدودة فى أنظمـــة معيـــنة ، فـــإن ســـكتا عـــن الاختيار اتبع النظام القانونى (regime légal) الـــذى يخـــتلف باخـــتلاف البلدان . وأهم أنظمة الزواج المالية المعروفة فى التشريعات هى .

(أ) نظام الاشتراك : (régime decommunauté) :

وهـــو الـــنظام القانونى فى فرنسا ، وبمقتضاه يتملك الزوجان علـــى الشـــيوع كل الأموال المنقولة دون العقارات التى تبقى ملكا خالصا لكل منهما .

(ب) نظام الدوطة (régime dotal) :

وبمقتضاه تسلم الزوجة بعض أموالها إلى الزوج لكى يستغلها ، فيـــباح له فـــى بعـــض الأحـــوال التصرف بطريق البيع (بالنسبة للمنقولات) مع إلزامه برد قيمة هذه الأموال عند انتهاء الزوجية ، أمـــا العقارات فالأصل أنها غير قابلة للتصرف وبالتالى غير قابلة للحجز .

(ج) نظام انفصال الأموال.

(régime de séparation des biens) :

وبمقتضاه تحتفظ الزوجة بكل أموالها مع إلزامها بالاشتراك فى مصاريف المنزل بما لايقل عن الثلث .

(د) نظام عدم الاشتراك

: (regime desans communauté)

وبمقتضاه لاتختلط أموال الزوجين بل تبقى منفصلة وإنما للزوج الحق فى إدارة واستغلال أموال زوجته . فهذا النظام يختلف إذن عن نظام الانفصال فى أن هذا الأخير يبيح للزوجة التمتع بجزء من أهلية الإدارة .

وعلى العموم فى جميع الأنظمة السالفة الذكر تفقد المرأة أهليتها فى التصرف والإدارة كليا أو جزئيا ، وللزوج التصرف فى هذه الأموال فى حدود القانون . فيلزمه فى بعض الأحيان إذا باع بعض أموال الزوجة أن يشترى لها بثمنها أموالا أخرى . وليس للزوجة أن تتصرف حتى فى أموالها الحرة إلا بعد أخذ إذن من زوجها(١).

وإذا كان النظام المالى للزوجين يخضع على هذا النحو للقانون الذى يحكم آثار الزواج ، إلا أن تطبيق هذا القانون قد يتقيد مراعاة لمجال إعمال قانون موقع المال الذى يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى على نحو ما سنرى فى موضعه من الكتاب .

---

(١) حامد زكى ص ٢٦٦ ومابعدها .

وعلى ذلك فإن منع التصرف فى أموال الدوطة المقررة فى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لايحتج به بالنسبة للأموال الكائنة فى مصر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن ولاية القانون الشخصى للزوج فيما يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين (وهو نظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا الطوائف غير الإسلامية المصرية) لاتخل باختصاص القانون المصرى بوصفه قانونا لموقع الأموال وهذا ما عنته الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فى نصها على أن قواعد هذه المادة لاتخل " بالأحكام المتعلقة بنظام الملكية العقارية فى القطر المصرى " ويتفرع على هذا التحفظ أنه لايجوز الحكم فى مصر باعتبار البائنة مالا غير قابل للتصرف فيه وفقا للقانون الشخصى للزوج لأن هذه الناحية مسألة تتعلق بنظام الأموال ولايرجع فيها إلا لقانون موقع المال ... الخ " [١].

وإذا كان من المتصور وفقا لما سلف إذا كان الزوج أجنبيا أن يتزوج وفقا لنظام اشتراك الأموال إلا أن الفقرة الاولى من المادة ١٥ من القانون التجارى الجديد قد حرصت على حماية استقرار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٥٦ .

المعـــاملات فـــى الأسواق التجارية المصرية ، فنصت على أنه : "يفـــترض فـــى الـــزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام انفصـــال الأموال إلا إذا كانت المشارطة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك " .

وتـــنص الفقـــرة الثانية من المادة على أنه لايحتج على الغير بالمشـــارطة المالية بين الزوجين إلا إذا أشهرت بقيدها فى السجل التجارى ونشر ملخصها فى صحيفة السجل .

ونصـــت الفقرة الثالثة على أنه فى حالة إهمال شهر المشارطة المالية بين الزوجين فإنه يجوز للغير أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالى أكثر ملاءمة لمصلحته من نظام انفصال الأموال(١).

واستمرارا فى سياسة الحرص على حماية الغير من المتعاملين مع الزوجة الأجنبية التاجرة فى الأسواق المصرية فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من القانون المذكور على أنه : " لايحتج على الغـــير بالحكم الصادر خارج مصر القاضى بانفصال الأموال بين الزوجيـــن إلا من تاريخ قيده فى السجل التجارى ونشر ملخصه فى صحيفة هذا السجل " .

---

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٤ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) " المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم كل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدنى .

وما تثيره الزوجة من نزاع حول العقد الذى اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه وتقادم دعوى الإبطال وعدم تقادمها لايخرج المنازعة عن نطاق النظام المالى الذى يخضع له الزوجان باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية ".

(ب) - " مانصت عليه المادة١٩٥ من القانون المدنى السويسرى من أن الزوج هو المالك لكل أموال الزوجية التى لاتكون حصصا للزوجة ولأن إيرادات الزوجة ابتداء من تاريخ استحقاقها والثمار الطبيعة لحصصها بعد انفصالها تصبح ملكا للزوج يدل على أن الزوج هو المالك لإيرادات وثمار جميع الأموال الزوجية " .

(ج) " الاستناد إلى المادة ٢١٤ من القانون المدنى السويسرى لايحول دون اعتبار حق الزوجة فى الربح- فى حالة اتحاد أموال الزوجين - حقا شخصيا " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦)

٢- (أ) " الأصل بحسب أحكام القانون المدنى الفرنسى أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك communaté الذى نظمت قواعده المادة ١٣٩٩ ومابعدها . وقد أجاز المشرع الفرنسى للزوجين الذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام كلها أو بعضها أن يعلنا رغبتهما هذه فى مشارطة يعقدانها ويبينان فيها النظام المالى الذى اختاراه ، وهذه المشارطة يطلق عليها بالفرنسية contrat de mariage وهى غير وثيقة الزواج التى يتم بها الزواج acte de mariagé ويوجب القانون تحرير تلك المشارطة أمام الموثق وقبل الزواج . فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة ولم يحررا مشارطة من هذا القبيل خضعت أموالهما حتما لنظام الاشتراك باعتباره أثرا من الآثار التى يرتبها القانون أصلا على الزواج ويمتنع عليها فى هذه الحالة أن يعدلا من القواعد التى وضعها القانون لهذا النظام باتفاقات خاصة يعقدانها فيما بينهما بعد الزواج ، لأن تلك القواعد تعتبر غير قابلة للتغيير بإرادة الزوجين مادامت الزوجية قائمة . وتبعا لذلك لايعتد بما يصدر منهما بعد

الزواج من اتفاقات أو إقرارات يكون القصد منها إخراج أى عنصر مــن عناصــــر المال المشترك من نظام الاشتراك واعتباره مملوكا ملكية خاصة لأحدهما".

(ج) " مــن مقتضى نظام الاشتراك أن يعتبر مالا مشتركا بين الزوجيــن جميع المنقولات التى كان يملكها كل منهما وقت الزواج وكذلك المنقولات التى يقتنيها أحدهما أثناء قيام الزوجية ولو كان قد دفع ثمنها من إيراد خاص حصل عليه من عمله الشخصى ، ويحق لدائـــنى أى الزوجين التنفيذ على جميع الأموال المشتركة . ولايغير مـــن الأمـــر صدور حكم للزوجة بالتطليق من زوجها ، إذ أن هذا الحكـــم لا يؤثـــر على حق الدائن الذى نشأ قبل صدوره وأثناء قيام الزوجية وتعلق هذا الحق بالأموال المشتركة .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

١٤٧ـ العقود المالية بين الزوجين :

العقـــود المـــنظمة لـــنظام الأموال بين الزوجين هو من الآثار المترتبة على عقد الزواج ونتيجة مباشرة له وفقا للقوانين التى تأخذ بهـــذه الأنظمـــة ، ومن ثم تعتبر من آثار الزواج ، فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج .

إلا أن هـــناك عقـــودا مالية أخرى يمكن أن تنعقد بين الزوجين مثل البيوع والهبات والشركات والقرض .

وقد تكون هذه العقود أبرمت بالمشاركة مع آخرين .

وهــذه العقــود لاتخضع لقانون جنسية الزوج لأنها ليست من الآثــار الماليــة للزواج ، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم العلاقة الناشئة عن هذه التصرفات .

١٤٨ـ القــانون الــذى يســرى عــلى الطــلاق والتطلــيق والانفصال:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن :

" أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقــت التطليق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى " .

فهذه الفقرة تعالج حالة انقضاء الزواج.

والــزواج ينقضى انقضاء كليا بالطلاق والتطليق ، أو ينقضى انقضاء جزئيا بالانفصال .

والطلاق هو الانقضاء الإرادى للزواج ، إذ ينهى أحد الزوجين الطلاق بإرادته المنفردة .

أمــا التطليق فهو انقضاء الزواج بحكم القضاء أما الانفصال ، وهو ما يطلق عليه الانفصال الجسمانى فهو انقضاء جزئى للزواج، وصــورته الــتفريق فــى المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة ، دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية .

والقـانون الذى يحكم الطلاق هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الـزوج وقت الطلاق . وعلى ذلك يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة ما إذا كان من حق أى من الزوجين أن يطلق من عدمه .

أمـا القانون الذى يسرى على التطليق والانفصال ، فهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى .

وعلـة الـتفرقة بيـن الطلاق من جانب والتطليق والانفصال الجسـمانى مـن جانب آخر ، فيما يتعلق بقاعدة الإسناد ، هى أن الأول يقـع بالإرادة، فجعل المشرع الوقت الذى تتحرك فيه الإرادة بطلـبه هـو الـذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمه ، بينما لايـتحقق الثانى والثالث إلا بحكم من القضاء ، فجعل المشرع وقت رفع الدعوى هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمها.

وهاتان القاعدتان تنطبقان سواء أكان الزوجان من جنسية واحدة أم من جنسيتين مختلفتين وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصـال ، وسواء أكانت جنسية الزوج فى هذا الوقت أو ذاك هـى بعيـنها جنسـيته وقت انعقاد الزواج أم لم تكن . وقد قضى المشـرع بهذا التحديد لهاتين القاعدتين على الجدل الذى يثيره الفقه حول ما إذا كان لجنسية الزوجة، إذا ما اختلفت عن جنسية الزوج ، اعتبار فى بيان القانون الواجب التطبيق ، أم لا ، وحول ما إذا كان

لتغيير جنسية الزوج بعد الزواج أثر فى بيان هذا القانون من عدمه[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدنى أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٢٩٩ ومابعدها - وينتقد الفقه حكم القانون لما يحتمل أن يترتب عليه من الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر كأن كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج لايجيز الطلاق أو التطليق فغير الزوج جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق أو التطليق وقت الطلاق أوعند رفع الدعوى ، فإذ استبعدت فكرة الغش نحو القانون ، فإن هذا الطلاق أو التطليق يقع صحيحا بحسب الحل المصرى المذكور ومن ثم فهو حل لايستطيع أن يحقق العدالة على وجهها الصحيح . وأنه كان أحرى بالمشرع أن يقرر بأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس ذلك غريبا فقد سلم القضاء الفرنسى بوجهة النظر هذه فى النهاية كما أخذت به اتفاقية لاهاى بل ولقد كان هذا هو الحال المعمول به فى فترة الانتقال فى مصر إذ نصت عليه المادة ٣/٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ٣/٣ من قانون رقم٩١ لسنة ١٩٣٧، كما كان هو نفس الحل فى المادة ٢٩ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى نفسه (جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٣٤ وما بعدها- عز الدين عبد الله ص ٣٠٠ ومابعدها) .

بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشــريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القــانون المصــرى الــذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة . فإذا كان الثابــت أن الــزوج مــالطى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطــن فــى مالطــة أو فــى غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصرى فإن القانون الواجب التطبــيق فى طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١)

٢- (أ) -"عقــد الــزواج لايكسب أيا من الزوجين فيما يختص بــالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص" .

(ب)- " نــص المــادة ١٤ من القانون المدنى نص آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

(أنظر أيضا : تكملة لهذا الحكم منشورة فى شرح المادة (١٤) بند (١٤٨) .

مـادة (١٤)

فـي الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحـد الزوجيـن مصـريا وقـت انعقاد الزواج ، يسري القانون المصري وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

الشـــرح

١٤٩ـ الاستثناء الوارد بالمادة :

رأيـنا أن المـادة ١٢ مدني تنص على أن يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

كما رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٣ تنص على أن يسري قـانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال .

كمـا رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٣ تنص على أنه يسري علـى الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسـري علـى التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى .

إلا أن المـادة (١٤) أتـت باستثناء على أحكام الإسناد الواردة بهاتيـن المادتيـن يتوافر إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج. أما إذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك ، فلا يتوافر الاستثناء . وعلى العكس

إذا كـــان أحـــد الزوجيـــن مصريا عند انعقاد الزواج فإن الاستثناء يتوافر ولو صار الزوجان أجنبيين بعد ذلك [١].

ويخلص هذا الاستثناء فيما يلى :

١- إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج ، فإنه يرجع فى الشـــروط الموضوعية لصحة الزواج إلى القانون المصرى ، وذلك استثناء من القاعدة الواردة بالمادة (١٢) والتى تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

ومـــتى ثبت الاختصاص للقانون المصرى ، فإن قواعد التنازع الداخلـــى هى التى تحدد بعد ذلك الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٢٦ من التقنين المدنى .

وقد نصت المادة (١٤) صراحة على أن الاستثناء الوارد بها لايسرى على شرط الأهلية للزواج . فتظل إذن أهلية أحد الزوجين خاضعة لقانون جنسيته ، ولاوجه لتطبيق القانون المصرى فى شأن هذه المسألة إلا بالنسبة للزوج المتمتع بالجنسية المصرية .

٢- إذا كـــان أحـــد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، فإن القـــانون المصـــرى هـــو الذى يسرى على الآثار التى يرتبها عقد الـــزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال ، وذلك استثناء من القـــاعدة العامـــة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة (١٣)

---

(١) هشام صادق ص ٢٩٣ .

والـــتى تقضـــى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج .

وجـدوى هـذا الاسـتثناء لاتظهر إلا فى الأحوال التى تكون الـزوجة فـيها مصرية وقت الزواج . أما لو كان الزوج هو الذى يتمـتع بجنسـية جمهورية مصر العربية وقت الزواج فإن القانون المصـرى ينطـبق علـى آثار الزواج بمقتضى الضابط العام فى الإسناد (م ١/١٣) دون حاجة إلى الاستثناء المقرر فى المادة ١٤.

٣- إذا كـان أحـد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، فإنه يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال القانون المصرى ، وذلك استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (١٣) الـتى تقضـى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقـت الطلاق على الطلاق، وقانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى على التطليق والانفصال .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نـص المادة ١٤ من القانون المدنى صريح فى أنه يكفى أن يكـون أحـد الزوجيـن مصـريا وقت الزواج ليكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

٢- " إذا كـــان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالى وزوجة مصـــرية فـــتحكمه المـــادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون المصـــرى هـــو الواجب التطبيق ، فإذا كان الزوج يهودى الديانة وكانـــت الـــزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصرى الواجب التطبـــيق هـــو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية . وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت علـــى أنـــه " تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحـــاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طـــبقا لتلك القواعد " ، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فـــى فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بـــأن لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخـــر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت فى الدعوى أن الـــزوجة مســـيحية كاثوليكية لاتدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طـــلاق زوجهـــا إياها تكون غير مسموعة ولايترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلـــى أن أن المـــادة ٩٩ مـــن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- " نـــص المـــادة ١٤ مـــن القانون المدنى نص آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

مـادة (١٥)

يســرى علــى الالتزام بالنفقــة فيما بين الأقــارب قانون المدين بها .

الشـــرح

١٥٠ـ تطبيق قانون المدين بنفقة الأقارب :

يتناول النص القانون الذى يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب ، وقضى بأن يسرى على الالتزام بها قانون المدين .

وكانـــت المادة (٣٣) من المشروع التمهيدى المقابلة لهذه المادة تجرى على أن : " يسرى على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تتـــناول المادة ٣٣ الالتزام بالنفقة فتوجب تطبيق قانون المدين بهـــا . وهـــذا حكم نقله المشروع عن الفقرة ٥ من المادة ٢٩ من لائحـــة التنظيم القضائى وهو يشمل فى عمومه جميع أنواع النفقات إلا ما يستثنى بنص خاص [١].

وعـــند نظـــر المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة تعديلها بإضافة عبارة " فيما بين الأقارب" إليها . وحكمة هذه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٦٤ .

الإضـــافة دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التى تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار أنها من آثار الزواج[١].

ويقصـــد بالقـــرابة الصلة بين الأشخاص بناء على دم أو أصل مشـــترك ســـواء كانـــت قرابة مباشرة أو قرابة حواشى . والقرابة المباشرة هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الـــدم أى هـــى الصلة ما بين الأصول والفروع أما قرابة الحواشى فهى الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه وبين الشخص وخاله .

كذلك ينشئ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وقد نصت على ذلك المادة ٣٧ من القانون المدنى إذ تجرى على أن : " أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " . غير أن هذه القرابة لاتربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج .

ويســـتفاد من المادة (١٥) أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنســـية الشخص المطالب بها . وقد استعمل المشرع عبارة "قانون المدين بها" وهو تعبير معيب ينطوى على مصادرة على المطلوب، إذ يفترض سلفا أن الشخص مدين النفقة فى حين أن قانون جنسيته هو الذى يحدد ما إذا كان يعد مدينا بالنفقة أم لا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٦٥ .

ويتكفل قانون جنسية الشخص المطالب بالنفقة بتحديد من تجب لـــه النفقة كما يحدد الشخص الملتزم بأداء هذه النفقة ومدى الالتزام بالنفقة وسقوط هذا الالتزام [١].

والمعـــول عليه ، هو قانون جنسية المطالب بالنفقة وقت نشوء الالـــتزام وهـــو وقت قيام الحاجة إليها وغالبا ما يستدل عليه بوقت رفـــع الدعـــوى ، ومتى تم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الـــنحو ، طبقـــت المحكمة ما تضمنه من أحكام لمعرفة السبيل إلى الفصـــل فى النزاع ، وتستمر فى ذلك حتى لو غير المدين جنسيته بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم [٢].

وظاهـــر أن المـــادة (١٥) لم تذكر الالتزام بالنفقة للأصهار ، ولابـــأس من إخضاعها لقانون المطالب بالنفقة قياسا على الالتزام بالـــنفقة للأقارب . وقد ورد ذكر نفقة الأصهار فى المادة ٩١٩ من الكـــتاب الـــرابع مـــن قـــانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ (الملغـــى) والتى تقضى بأن : "تختص محكمة المواد الجزئية بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار ونفقة الصغير ونفقة أحد الزوجين على الآخر "[٣].

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض الوسيط فى تنازع القوانين ١٩٨٤ ص٣٣٠ ومابعدها – جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٢٠ .

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا ص ١٩٧ .

(٣) عز الدين عبد الله ص ٣٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المـــادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز الحكم لصـــالح الزوج الذى يحصل على الطلاق بنفقة لاتجاوز ثلث إيراد الـــزوج الآخـــر لاتنطـــبق إلا فى حالة ما إذا قضى لأحد الزوجين بـــالطلاق لخطأ الطرف الآخر وكان قد طلب الحكم له بالنفقة على خصمه . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقض بالطلاق بل قضـــى بالانفصـــال الجسمانى لخطأ مشترك بين الزوجين وكانت الطاعنة لم تطلب النفقة استنادا إلى المادة ٣٠١ مدنى فرنسى وإنما قضـــى الحكـــم الابتدائى لها ولأولادها بالنفقة استنادا إلى المادتين ٢٠٣ ، ٢١٢ مـــن القـــانون المذكـــور لحاجتها إليها هى وأولادها ولاســـتمرار بقاء الرابطة الزوجية التى لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عدل المبلغ المقضى به مـــن محكمـــة أول درجة بما لايزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استنادا إلى المادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون المذكور ".

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

١٥١ـ النفقة الوقتية :

الـــنفقة الوقتـــية للأقارب والأصهار تخضع للقانون المصرى، باعتـــبارها من الإجراءات الوقتية وعلى أساس تعلقها بذاتها بالأمن

المدنى أيضا . فقد نصت المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أن : " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

وقــد جرى القضاء الفرنسى على اختصاصه بفرض هذه النفقة على أساس أن تدبير النفقة الضرورية العاجلة لإنسان موجود على أرض الدولة أمر متعلق بالسلام العام فيها .

ويخــتص القضـــاء فى مصر بفرض نفقة وقتية ولو كان غير مختص بالدعوى الأصلية [١].

وقــد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى تعليقا علـــى المادة ٨٦٣ : " كذلك يلجأ إليها (أى إلى المحاكم المصرية) فـــى الـــنفقة الوقتـــية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو للقريب الملزم بها مال يصح التنفيذ عليه فى مصر ".

كمـــا جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد تعليقا علـــى المـــادة ٣٤ ســـالفة الذكـــر " وقد أريد بهذا النص أن يشمل الأحـــوال العينية والأحوال الشخصية على خلاف المادة ٨٦٣ التى جاء حكمها مقصورا على الحالة الثانية دون الأولى " .

---

(١) عـــز الدين عبد الله ص ٣٢٧ وما بعـــدها - جابر جـــاد عبد الرحمن ص ٤٢ ومابعدها .

١٥٢ـ مطالبة الإبن بنفقة من أبيه :

يــراعى فــى دعوى مطالبة الإبن بنفقة من أبيه وجوب التحقق قــبل نظر الدعوى مما إذا كانت هذه الدعوى قائمة على حق النفقة الشــرعية ، أم أنهــا تستر وراءها دعوى إثبات النسب ، لأنه فى الحالــة الأولــى يســرى قانون المدين بالنفقة (م١٥) ، وفى الحالة الثانــية يطبق قانون طالب النفقة ، إذا كان الإبن ابنا غير شرعى ، وذلك وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص- وإذ رفع شخص دعوى إثــبات نســبه من أبيه على أساس المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الإيطالى فإن هذه الدعوى لاتتضمن إثبات نسب وإنما تتضمن إثباتا للحالة المدنية للمدعى فلا يسرى فى هذه الحالة قانون الأب ، وإنما يســرى قــانون جنســية الإبــن عند اختلاف الجنسية بين المدعى والمدعــى عليه ، وإذ كيفنا التزام الأب بسد حاجة ابنه الطبيعى إلى أن يــبلغ سن السادسة عشرة وفقا للمادة ١٨٠٧ مدنى ألمانى ، بأنه الــتزام غــير تعاقدى ، فإنه يسرى عليه قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ، وخرج بذلك عن الأحوال الشخصية . ولكن إذا وصــف هــذا الالتزام بأنه نفقة دخل ضمن مشتملات الأحوال الشخصــية وطــبق فى شأنه قانون المدين بالنفقة . وفى الواقع أن

عمليـة التكييف التى يقوم بها القاضى المصرى تؤدى إلى اعتبار هـذا الالـتزام نفقـة ، لأن أساسه القانونى قائم على النفقة ولو أن القانون الألمانى لم يعبر عن ذلك [١].

---

(١) المستشار محمد شتا ص ١٩٨ .

مـادة (١٦)

يســرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامــة وغــيرها مــن النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته .

الشـرح

١٥٣ـ المقصـود بالمسـائل الموضـوعية الخاصـة بالولايـة والوصـاية والقوامـة وغيرهـا مـن النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين :

المقصـــود بالولاية فى هذا النص هى الولاية على المال. فهذا الـــنوع من الولاية هو الذى يخضع لقانون جنسية الواجب حمايته. أما الولاية على النفس فهى تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج، وهى فى كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب .

والمقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غــير كاملى الأهلية التى يتناولها النص ، طبيعة نظام الحماية الذى يجــب أن يشــمل بـــه غير كامل الأهلية . وهل هو نظام الولاية الشرعية أم الوصاية أم القوامة أم غير ذلك من النظم .

وكذلك بيان من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكيلا عن الغائب ، وبيان سلطة النواب فى إبرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية . وحكم التصرف الذى يبرمه

مجـاوزا لسلطته . كتحديد سلطة الولى الشرعى فى التصرف فى مـال الصـغير وسلطة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى إبرام التصرفات دون إذن من المحكمة ، كما يبين التصرفات التى يلـزم فـيها هـذا الإذن . وكذلـك بيان حقوق من يتولى الحماية وواجباته وما يستحقه من أجر ، وبيان أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحـد منها وعزل الأوصياء والقامة أو الحد من سلطتهم. وبيان من يعين مشرفا أو نائبا عن الوصى أو القيم (١).

غير أن هذا النص لايشمل ما يأتى :

١- تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف أو الوكيل عن الغائب عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف أو الوكالة ، لأن هـذه الأمور تتعلق بأهلية الشخص المكلف بالحماية وصلاحيته للقيام بمهمته .

وكانت المادة ١٠٠٢ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الـواردة فـى الكـتاب الرابع (الملغى) تنص على ذلك بقولها : " ويرجع فى تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة إلى قانون بلد الموصى أو القيم أو المشرف " ، ذلك أنه من غـير المستسـاغ أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لأحكام قانونه .

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٤٥ .

٢- المســائل الإجرائية البحث : كتلك التى تتعلق بكيفية إقامة النائــب عن عديمى الأهلية وعزله وكيفية سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها . وكيفية تقديم الحساب والفصل فيه وغير ذلك [١].

٣- الحقوق العينية :

تطبــيق قــانون جنســية عديم الأهلية لايخل باختصاص قانون موقع المال فيما يتعلق بنظام الحقوق العينية . ومن ثم فإذا كان هذا القــانون – قانون الجنسية – يقرر للقاصر أو المحجور عليه رهنا قانونــيا علــى عقــارات الوصى أو القيم ، وكانت هذه العقارات موجــودة فــى مصــر ، فلا محل للتمسك بهذا الرهن لأن القانون المصرى، قانون موقع العقار لايعرف هذا النظام .

٤- حالة اصطدام قانون الجنسية بقواعد النظام العام فى مصر:

إذا كــان قانون جنسية عديم الأهلية يصطدم بقواعد النظام العام فــى مصــر بأن كان يتجافى فى مضمونه مع هذه القواعد أو كان لايــنظم وســيلة لحماية عديمى الأهلية على الإطلاق . فإنه يجب إعمال القانون المصرى وحده .

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٣٨ .

٥- إذا كان القانون الأجنبى لايمكن تطبيقه عملا :

إذا تبين أن القانون الأجنبى لايمكن تطبيقه عملا بأن ينص مثلا علـــى اختصـــاص سلطة إدارية معينة- غير موجودة فى مصر- بالـــنظر فـــى أمـــر الحجـــر على المجنون أو المعتوه فإن القانون المصـــرى هـــو الذى يطبق ، ويطبق القانون الأخير أيضا إذا كان تطبيق القانون الأجنبى يتطلب الرجوع إلى بعض الأنظمة الأجنبية ممـــا يستغرق بعض الوقت أو كان التحقق من هذا القانون يتطلب وقـــتا قـــد يطول ، الأمر الذى قد لايتمشى مع ضرورة الاستعجال للمحافظة على مصالح عديم الأهلية .

٦- حالات البوليس والأمن :

ينطـــبق القانون المصرى باعتباره من قوانين البوليس والأمن، بحيـــث يصبح للسلطات المصرية المختصة أن تقوم بإيداع الأجنبى الذى أصيب بلوثة أو جنون فى إحدى المصحات وفق أحكام القانون المصرى ، كما تتولى النيابة العامة والمحاكم فى مصر اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية الوقتية على عديمى الأهلية [١].

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٣٩ وما بعدها – سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٤٥ ومابعدها .

١٥٤ـ سريان قانون الشخص الذى تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها :

تنص المادة على أن تسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولايــة والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته .

فقد أخذ المشرع فى هذه المسائل بقانون الشخص الواجب حمايته مفضلا إياه على قانون الشخص الذى يتولى الحماية . ذلك أن هذه الــنظم إنمــا تقررت لحماية غير كاملى الأهلية وسد عجزهم عن مباشــرة التصرفات القانونية . ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتباره القانون الذى يحكم أهليتهم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أبقى المشروع فى المادة ٣٦ على الأحكام المقررة فى الفقرة الثانــية مــن المــادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى مع تعميم فى التعبــير حــتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعة لحمايــة عديمــى الأهلية والمفقودين دون أن يقتصر على الوصاية والقوامــة والإذن بــالإدارة (أنظر فى هذا المعنى المادة ١١ من التقنيــن الإيطــالى الجديد) . وقد أسند الاختصاص التشريعى فيما

يـــتعلق بهـــذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام لأنه أخلق القوانين بتوفير أسباب الحماية له " [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٦٨ ومابعدها .

مـــادة (١٧)

١- يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلـــى مـــا بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢- ومـــع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

الشـــرح

١٥٥- القـــانون الـــذى يحكـــم المواريـــث والوصـــية وســـائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت :

تعتبر المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد المـــوت ، بالرغم من صبغتها المالية الظاهرة ، من مواد الأحوال الشخصـــية فـــى مصر، وقد نص على اعتبارها كذلك صراحة فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ إذ ذكرت من بين ما ذكرت من هذه المواد " ... المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريـــث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " .

وقـــد سار المشرع المصرى فى هذا التكييف على غرار بعض التشـــريعات الأجنبـــية ، كالقـــانون الألمانى والبولونى والإيطالى

واليونانى ، وعلى منوال اتفاقية لاهاى سنة ١٩٢٨ ، إذ قضت هذه جميعها باعتبار المواريث وما تعلق بها من وصايا وهبات من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة وتقوم على اعتبارات عائلية كما أن القوانين التى تحكمها إنما تهدف فى نظرها إلى تنظيم علاقات الورثة فيما بينهم كما ترمى إلى حماية هؤلاء من تبرعات المورث [١].

أما بالنسبة للهبة فقد نصت المادة (٢٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ على " المسائل المتعلقة بالهبات " ضمن مسائل الأحوال الشخصية.

ولما صدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ نص فى المادة (١٤) منه على أن : " تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذ كان قانونهم يعتبرها كذلك " ولم يرد نص مماثل لهذا النص فى قانون السلطة القضائية الحالى رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، كما أغفل هذا القانون تحديد مسائل الأحوال الشخصية.

ولا شبهة الآن فى اعتبار المواريث من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نص التقنين المدنى فى المادة ٨٧٥ على أن تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٤٩ .

تســـرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها ، وبعد صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

كمـــا أنه لاشبهة الآن فى أن الهبة فى مصر ليست من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نظمها التقنين المدنى فى الباب الأول من الكـــتاب الثانى الخاص بالعقود التى تقع على الملكية باعتبارها عقد مسمى فى المواد (٤٨٦- ٥٠٤) وتخضع بالتالى لقواعد الإسناد الـــتى تخضع لها سائر العقود ومن ثم تعين الرجوع فى شأنها إلى قواعـــد الإســـناد المنصـــوص عليها بالمادتين ١٩، ٢٠ من التقنين المدنى فتخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية وتدخل فى نطاق الأحوال العينية كغيرها من العقود [١].

وقـــد أخضـــعت المـــادة الميراث والوصية وسائر التصرفات المضـــافة إلى ما بعد الموت للقانون الشخصى وهو قانون الجنسية بالنســـبة للأجانب والمصريين . ولاصعوبة فى تطبيق هذا القانون مـــتى اتحدت جنسية أطراف العلاقة : المورث والورثة ، والوصى والموصى له .

ولكـــن الصـــعوبة نظـــراً عند اختلاف هذه الجنسية ، وهذا ما سنعرض له فى البنود التالية .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٢١ .

١٥٦ـ أولاً : المواريث :

العبرة بالنسبة للمواريث بقانون جنسية المورث ولا محل للأخذ بقانون جنسية الورثة ، فقد يتعددون وتتعدد جنسياتهم ، فتتعدد القوانين الواجبة التطبيق ، فضلا عن أن أموال التركة تعود جميعها للمتوفى . وإذا كان للمورث جنسية معينة قبل الوفاة وجنسية أخرى عند الموت ، فمن المتفق عليه أن العبرة بجنسيته وقت الموت لأن حق الورثة فى التركة لاينفذ إلا من هذه اللحظة. وقد نصت المادة على ذلك صراحة بقولها : " يسرى على ... قانون المورث أو الموصى له أو من صدر منه التصرف وقت موته" .

ومن ثم يخضع الأجانب للأحكام الواردة فى قانون جنسيتهم ، كما يخضع المصريون ، بصرف النظر عن ديانتهم إلى القانون المصرى . والقانون المصرى هنا هو كما نصت الفقرة الأولى من المادة ١/٨٧٥ من القانون المدنى الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها (أى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) إذ نقول : "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها " .

ويسـرى قـانون جنسية المورث وقت الموت أيا كانت طبيعة الأمـوال موضوع التركة ، منقولة أم عقارية ، وأيا كان البلد الذى توجد فيه هذه الأموال[١] مع وجود بعض الاستثناءات كما سنرى.

١٥٧ـ مجال تطبيق قانون جنسية المتوفى :

نكـرنا أن المـادة أخذت بقاعدة إخضاع الميراث ، فى العقار والمنقول لقانون جنسية المتوفى وقت الموت .

ويدخـل فى مجال إعمال قانون جنسية المتوفى بوصفه القانون الذى يحكم الميراث ، المسائل الآتية :

أولاً : شـروط اسـتحقاق الإرث : وهـى تدور جميعها حول الـتحقق مـن موت المورث وحياة الوارث . ومن ذلك على سبيل المـثال حكم الموت الاعتبارى الذى يخص المفقود ومتى يعتبر فى حكـم الميـت . وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثا أم لا . وهل يكفى أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة أم يلزم اسـتمرار حياته فترة معينة . وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتـبر حـيا . ومثال ذلك أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفى قبل الآخر ، وحكم هذه الحالة .

وكذلـك بـيان مـا إذا كان هناك من يستحق وصية واجبة من عدمه[٢].

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٠ ومابعدها .

(٢) هشام على صادق ص ٣١٥ – عز الدين عبد الله ص ٣٣٥.

ويراعى أن الموت الحكمى كما هى الحال بالنسبة للحكم بموت المفقود فى القانون المصرى ، يخضع لقانون جنسية الشخص ، فى البلاد التى تجعل القانون الشخصى هو قانون الجنسية ، باعتباره من مسائل الحالة ، إذ تنتهى به الشخصية القانونية . ولاتظهر أهمية تقرير هذه الملاحظة فى القانون المصرى ، حيث تخضع الحالة وكذلك الميراث لقانون الجنسية ، وإنما تظهر أهميتها فى التشريعات التى تخضع الميراث لقانون غير ذلك الذى تخضع له الحالة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المادة ١/١٧ من القانون المدنى تنص على أنه "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يونانى الجنسية ، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه " فى حال انحلال الزواج ترد الدوطة إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل إدارة لها وانتفاع من الزوج على أموال الدوطة " فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج سوى حق الانتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة ، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد

الدوطة إلى الزوجة ، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لاتعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التى عاد إليها حق الانتفاع ".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٧١/١١/٢٤)

ثانـــيا : بـــيان الورثة ومراتبهم ونصيب كل منهم فى التركة. ويـــندرج تحـــت هـــذه الفكرة موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين والحجب[١] والرد والعول .

وبديهـــى أن تحديد الزوجية أو رابطة القرابة التى يترتب عليها الإرث يـــتم وفقـــا للقانون المختص حسب قواعد الإسناد فى مسائل الحالةوروابط الأسرة والتى تقضى بالرجوع إلى القانون الشخصى.

ثالثا : طبيعة خلافة الوارث للمورث . وهل تعتبر إجبارية كما هـــو الشـــأن فى الشريعة الإسلامية أم اختيارية ، بمعنى أنه يحق للـــوارث قـــبول الـــتركة أو التنازل عنها . وما هى شروط القبول وآثاره والمدة التى يجوز فيها القبول .

وكذلـــك بيان ما إذا كان للوارث قبول التركة بشرط الحرد من عدمه ، وميعاد القبول وشروطه وآثاره .

---

(١) المـــانع من الإرث هو ما تفوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه كالقتل . والممـــنوع من الإرث لفوات الأهلية يسمى محروما . وأما الحجب فهو مـــنع شـــخص من ميراثه كله أو بعضه بوجود شخص آخر ، ويسمى الممـــنوع فـــى هذه الحالة محجوبا . والفارق بينهما أن المحروم لايؤثر على غيره من الورثة بخلاف المحجوب فإنه يؤثر على غيره.

رابعاً : بيان مدى اختصاصات منفذ الوصية أو مدير التركة إذا كــان قــانون جنسية المتوفى يجيز له التصرف فى تركته بطريق الوصية مع تعيين منفذ لها أو تنصيب مدير للتركة بواسطة القاضى عند عدم وجود المنفذ للوصية [(١)].

خامساً : بيان الحقوق والالتزامات التى تنتقل إلى الورثة وكيفية هذا الانتقال ووقته . فمن المعلوم أن الشرائع تختلف فى هذا الصدد اختلافا جوهريا . فالإرث فى الشريعة الإسلامية إجباريا بمعنى أنه يثبت للورثة بحكم القانون ولايجوز للوارث رفضه . ويشمل الإرث مجمــوع الحقوق المالية أما الالتزامات غير المالية فلا تكون محلا لــلإرث . وبالــتالى لايجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها .

غير أن الإرث فى بعض الشرائع الأجنبية يشمل جميع الحقوق والالــتزامات التى كانت فى ذمة المورث وبالتالى فإن دين التركة ينــتقل إلـــى الـــوارث ، وللدائنيـــن حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصـــية حـــتى ولو لم يكن مصدرها الإرث ، وهذه التشريعات تعتـــبر الإرث حقا اختياريا بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الإرث كله أو قبوله بشرط الجرد حتى يتحقق من الالتزامات التى قد تكون على التركة.

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٣٧ – سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٤٩.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل المقرر فى الشريع الفرنسى فى شأن الوارث التى يقبل التركة بغير تحفظ أنه لايستطيع – بمقتضى متابعته لشخصية المورث– أن يطلب استحقاق العين التى تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولايصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير– وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تعلق بتركته لابذمة ورثته، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة – وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض

دعــواه اتباعا لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

١٥٨ـ قيود واردة على قانون الجنسية :

يســرى قــانون جنسية المورث وقت موته بصرف النظر عن البلد الذى توجد به أموال المتوفى . غير أنه كالشأن فى الميراث- يجــب ألا يــتعارض هــذا القانون مع قانون موقع المال ، ذلك أن انــتقال المــال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملكية يخضع لقانون موقع هذا المال لأن الانتقال مسألة مالــية لاتتصــل بنظام الميراث وإنما تتصل بنظام الأموال وحده ، ومفــاد ذلــك أنــه يتعيــن مراعاة ما نص عليه القانون المصرى باعتــباره قــانون موقــع المال وتقييد قانون الجنسية على نحو ما يتطلبه القانون المصرى . ويتمثل ذلك فيما يأتى :

(أ) شهر حق الإرث :

يدخل فى نطاق إعمال قانون موقع المال بيان وقت تملك الورثة للتركة وحيازة أعيانها وإجراء العلانية الواجب اتباعه فى الميراث باعتباره سببا مكسبا للملكية .

وعلــى ذلك فإنه يجب مراعاة حكم المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى مادام العقار الموروث فى مصر ولو كان الميراث خاضعا

لقـــانون أجنبى وهى تقضى بأن : " يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشـــهادات الوراثـــة الشـــرعية أو الأحكـــام النهائية أو غيرها من المســـتندات المثبـــتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت علـــى حقـــوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التســـجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هـــذه الحقـــوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة". وفى العمل يشهر حق الإرث مع إشهار التصرف الصادر من الوارث .

(ب) بـــيان مـــدى تعلـــق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة ومايترتب على ذلك من أثر فى حقوق الورثة فى التركة :

ذلـــك أن الأمر هنا لايتعلق بنظام الأشخاص بل بنظام الأموال وســـلامة المعاملات . ولذلك فإن قاعدة لاتركة إلا بعد سداد الديون تســـرى علـــى تركات الأجانب مادامت أعيان التركة موجودة فى الجمهورية .

ويتقيد بها أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الميراث فيما يختص بتملك الورثة للتركة وبقيمة تصرفاتهم فى أموالها .

كما أن نظام تصفية التركات – وهو موجه لخدمة هذا القاعدة– يعتبر من الأحوال العينية . ولذلك فهو لايخضع للقانون الشخصى.

ولكــن يجــب ألا يفهم من هذا أن نظام تصفية التركات الذى نظمه القــانون المدنــى واجــب الاتــباع بالنســبة لتركات الأجانب فى الجمهوريــة، إذ أن هــذا الــنظام لــيس إجــباريا حــتى بالنسبة للمواطنين(١).

١٥٩ـ تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :

يحكــم القــانون المصــرى باعتباره قانون موقع المال ، تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال وحالة الشيوع المترتبة على انتقال الــتركة مــن المورث إلى الورثة ومدتها . وتسرى فى ذلك أحكام القانون المدنى المصرى الواردة فى المواد (٨٩٩ - ٩١٣) وهى الخاصة بتسليم أمــوال التركة وقسمة هذه الأمــوال ، وفى المواد (٨٢٥ - ٨٥٠) الخاصــة بأحكــام المشــاع وانقضــاء القســمة بالشيوع(٢).

١٦٠ـ ملكية التركة التى لا وارث لها :

إذا توفى الأجنبى ولم يوجد له وارث ، فإنه لا يرجع إلى قانون جنسيته لبيان كيفية التصرف فى تركته ، إذ تخضع التركة فى هذه الحالــة للقانون المصرى باعتباره موقع المال ، فتؤول إلى الخزانة العامــة وفقــا لــنص الفقــرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٤٣ وما بعدها .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٩ .

المواريــث رقــم ٧٧ لســنة ١٩٤٣ وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه .

١٦١ـ عدم خضوع المسائل المالية البحت لقانون الجنسية:

لاتخضــع لقانون الجنسية المسائل المالية البحت التى لا علاقة لهــا بــنظام المــيراث ولاتعــد من قبيل مواد الأحوال الشخصية، كالمنازعات المتعلقة بوضع اليد على المنقولات والعقارات أو بشأن ملكــية أعــيان التركة وما إذا كانت مملوكة للمورث أم لا وسواء كانــت هذه المنازعات بين الورثة أو بينهم وبين الغير ، والمطالبة بريع أموال التركة من واضع اليد سواء أكان وارثا أم غير وارث، وقضايا الإدارة المؤقتة أو الحراسة القضائية وقضايا الحساب بشأن التركة بين الورثة فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدائنين سواء أكانوا من دائنى التركة أو دائنى أحد الورثة [١].

١٦٢ـ إجراءات الميراث :

إن القــانون الشخصــى لاينطــبق إلا فــيما يختص بالأحكام الموضــوعية المتعلقة بنظام الميراث على النحو الذى فصلناه سلفا. وينبــنى علــى ذلــك أن قواعد الإجراءات المتعلقة بتحقيق الوراثة وقــبول الإرث ورفضه وتثبيت المنفذ أو تعيينه وتعيين مدير التركة

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٣ .

تكــون من اختصاص القانون المصرى وحده باعتباره قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات طبقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى .

وقــد كان هذا القيد منصوصا عليه صراحة فى المادة ٤٠ من المشــروع التمهــيدى للتقنين المدنى المصرى إذ كانت تقرر "١- قوانيــن الأجانب الوطنية الواجبة التطبيق وفقا للمواد السابقة (وهى الخاصــة بالمواريــث والوصايا والهبات) لاتسرى إلا فى أحكامها الموضــوعية ٢- وتســرى علــى الأجانب قواعد الإجراءات التى تقــررها القوانيــن المصرية فى مواد الأحوال الشخصية على ألا تــتعارض هــذه القواعــد مع حكم موضوعى فى القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب " .

والواقــع من الأمر أن هذه المادة لم يكن ثمة لزوم لها ، فالفقرة الأولــى تقــرر قاعدة عامة مفهومة ضمنا من نص المادة ٥٢ من المشــروع التمهــيدى الخاصة بالإجراءات والتى أصبحت بعد ذلك المــادة ٢٢ مــن القانون المدنى كما أن الفقرة الثانية هى ترداد لما ورد فــى نفس المادة ٥٢ ، ولذلك ما أن تليت على لجنة المراجعة

حـــتى اقترح الأستاذ السنهورى حذفها " اكتفاء بالنص العام الوارد فى الإجراءات " فوافقت اللجنة على هذا الحذف [١].

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية الجزء الأول ص ٢٧٣ وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة (٤٠) المحذوفة مايأتى:
" هـــذا وقد نصت المادة ٤٠ فى فقرتها الأولى على أن قوانين الأجانب الواجـــبة التطبـــيق وفقـــا لجميع المواد التى تقدم ذكرها لاتسرى إلا فى أحكامهـــا الموضـــوعية وهذه الفقرة تقرر قاعدة من القواعد العامة لأن للإجـــراءات أحكاما أخرى نصت عليها المادة ٥٢ من المشروع ولذلك يحســـن أن يكـــون إبقاؤها أو حذفها محلا للاستفتاء . أما الفقرة الثانية فتقضـــى بأن قواعد الإجراءات التى تقررها القوانين المصرية فى مواد الأحـــوال الشخصية تسرى على الأجانب على ألا تتعارض هذه القواعد مـــع حكـــم موضوعى فى القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب . وقد استمد المشـــروع هـــذه الفقـــرة الثانية من القسم الثالث من تصريح الحكومة المصـــرية الملحـــق بمعـــاهدة إلغاء الامتيازات وهو نص لانظير له فى التشـــريعات الأجنبـــية . وإذا كان تعهد مصر بإعداد قانون للإجراءات يسرى على الأجانب فى مسائل الأحوال الشخصية قد هيأ مناسبة لصدور مـــثل هـــذا التصـــريح فلـــيس ثمة وجه لتركيزه فى نص من نصوص المشـــروع. ولذلـــك يحســـن أن يكـــون حذف المادة ٤٠ بأسرها محلا للاستفتاء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٧٣ الهامش) .

١٦٣ـ أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق :

إذا تبين أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث يتعارض مع النظام العام في مصر ، فإنه يتعين استبعاده.

ومجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون المصري لايترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي بوصفه مخالفا للنظام العام إذ يجب لإمكان استبعاد القانون الأجنبي أن يصطدم بالأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني . لذلك يتعين النظر في كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبي عن القانون الوطني لمعرفة مدى مساسها بالأسس التي تقوم عليها أحكام الميراث في القانون المصري .

ويمكن القول بصفة عامة أنه إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وتحديد الورثة بما يخالف الشريعة الإسلامية ، بجعل شخص وارث رغم أنه غير وارث أو جعله غير وارث بالرغم من أنه وارث، أو بإجازة الإرث بين المسلمين وغير المسلمين . كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام[١] .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن كـــون الإنســـان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هـــذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لاتلحقه الإجازة ، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجـــاد ورثـــة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص من حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قـــبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- إذاحـــررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فهو اتفاق باطل .

أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه .

ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعا ".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٣- " وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لايسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين – إذ كان ذلك ، وكان الثابت فى الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن

الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧)

١٦٤ـ ثانيا : الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت :

عرف المشرع الوصية فى المادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بقوله : " الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت " .

أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فتشمل وفقا للقانون المدنى نوعين من التصرفات .

النوع الأول : هو تلك التصرفات التى تصدر من المريض مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع إذ تقضى المادة ٩١٦ على أنه :

" (١) كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهوفى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولايحتج على الورثة بتاريخ السند إذ لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

(٣) وإذ أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض المــوت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت مــن صـــدر له التصـــرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

وإلحــاق هــذه التــبرعات والتصرفات بالوصايا أمر مفهوم، فالشارع عندما ينظم الوصية إنما يهدف فى حقيقة الأمر إلى حماية الورثـــة من تصرفات الموصى حيث يلزمه الإبقاء على قدر معين مـــن التركة لايجوز له التصرف فيه بالوصية ، وهذا الهدف لايمكن تحقـيقه بصـــفة كاملـــة إلا إذا ســـرى هذا الحكم على التبرعات والتصـــرفات الـــتى لاتخرج فى حقيقتها عن التصرف فى التركة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت أو بعبارة أخرى عن الوصية[1].

الــنوع الثانى : هو التصرفات التى تصدر لوارث ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة . إذ تنص المـــادة ٩١٧ مدنـــى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحـتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فـــى الانـــتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٣ .

ولمـا كانـت الوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وثـيقة الصـلة بـنظام الإرث فقد حرص المشرع المصرى على إخضـاعها من حيث الشروط الموضوعية إلى نفس قاعدة الإسناد الـتى يخضع لها الإرث أى أخضعها لقانون جنسية المورث وقت الوفـاة . كذلـك فإنه لم يخضعها من حيث الشروط الشكلية لقاعدة الإسـناد التى تحكم أشكال التصرفات القانونية عامة وإنما أخضعها إلى قاعدة إسناد خاصة تتلائم مع طبيعتها .

وبعـبارة أخرى فإن الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعـد المـوت تخـرج مـن مجـال إعمال قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل وتخضع لقواعد خاصة نظرا لارتباطها الوثيق بنظام الإرث .

وعلـى ذلـك فإذا ما عرض على القاضى الوطنى نزاع يتعلق بتصـرف قـانونى فإنـه يتعين عليه أن يحدد أولا ما إذا كان هذا التصـرف يعد تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . ويعد هذا التحديد مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائما حول تصرف نية المتصرف هل هى البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى . فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانونا ، فاستعرضت المحكمة الأوصاف التى يصح انطباقها عليه ، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية ، فإنها لاتكون قد خرجت فى ذلك عن حدود اختصاصها ".

(طعن رقم ٢٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٩)

١٦٥ـ قاعدة الإسناد الخاص بالشروط الموضوعية :

رأينا أن المادة تنص على أن : " يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " .

ويتضح من هذا النص أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لذات القانون الذى تخضع له الشروط الموضوعية للإرث وذلك نظرا للصلة الوثيقة التى تربط بينهما . وبعبارة أخرى تخضع الوصية وسائر

التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من حيث الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية المورث وقت الوفاة .

وكانت المادة (٣٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (١٧) تنص فى فقرتها الثانية على أن : " أما الوصية والإيصاء المتبادل وعقود التوريث فيسرى عليها قانون الموصى وقت عمل الوصية " وعند عرض المشروع فى لجنة المراجعة اقترح الدكتور السنهورى تحوير النص بجعله قانون الموصى وقت موته لا وقت عمل الوصية ، وقد وافقت اللجنة على ذلك. كما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد تعديل طفيف فى الصياغة .

وعلى ذلك أصبح يحكم الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

وهكذا يخضع الأجانب فى وصاياهم لقانون بلدهم ويخضع المصريون لقانون جنسيتهم وهو هنا أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك عملا بالمادة ٩١٥ مدنى التى تجرى على أن : " تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها " .

ويسرى هذا القانون ، سواء أكان الموصى به منقولا أو عقارا، وبصرف النظر عن البلد الموجود فيه هذا العقار أو ذاك المنقول.

لكــن يلاحظ مع ذلك أن تطبيق هذا القانون مقيد بقيود خاصة تكاد تتطابق مع تلك التى أوردناها بالنسبة للقانون الذى يحكم المواريث على النحو الذى سنراه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكــون لهــا وجــود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- " أمــوال الشــخص تــؤول لغــيره بوفاته بأحد طريقين ، الميراث أو الوصية ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قــد استخلصــت مــن المستندات المقدمة إليها وفى حدود سلطتها الموضــوعية أن ملكــية العقــارات الكائــنة بمصر قد انتقلت إلى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث . وكــان القــانون الإنجليزى الذى يسرى على واقعة النزاع باعتباره قــانون والــدة الطاعنين التى صدرت منها الوصية ، وذلك عملا بقــاعدة الإســناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون المدنى المصرى

والــذى يبــيح حرية الإيصاء ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٣- (أ)- " الشروط الموضوعية للوصية موضوع النزاع سواء مــا تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقــانون الــيونانى وهو قانون الموصى وقت موته ، ولما كان من المقــرر فــى قضــاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى ، واقعــة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعنون لــم يقدموا ما يفيد أن نصا فى القانون اليونانى يرتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء ، فليس يجدى فى هذا المقام الــتحدى بــبطلان الوصية استنادا إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ " .

(ب)- " طبقا للمادة ٥٥ من القانون المدنى-الملغى- الذى تمت الوصــية فــى ظله تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقــت وفاتــه . وإذ كان الثابت أن الموصى يونانى الجنسية ، وقد حــررت الوصــية فى ٢١ من أبريل سنة ١٩٣٦ وأشهرت عقب وفاتــه أمــام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغســطس ١٩٣٧ فإنه يطبق فى شأنها القانون الذى تشير به قواعد

الإســـناد وهو القانون المدنى اليونانى دون القانون المدنى المصرى أو الشريعة الإسلامية " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

(ج)- " الـــنص فى المادتين ٢٠٢٠، ٢٠٢١ من القانون المدنى الـــيونانى ، يدل على أن مهمة منفذ الوصية في الأصل مقيدة بتنفيذ أحكـــام الوصـــية ومحددة بأعمال الإدارة ولايباح له التصرف عند الضـــرورة الملجـــئة إلا بموافقة الوارث، فإن لم يكن هناك وارث أصلا أو تعذر إبداء رأيه لسبب أو لآخر ، فلا مناص من الحصول علـــى إذن بذلـــك مـــن محكمة التركة ، وإذ نهج المطعون فيه هذا المنهج ، فإنه يكون قد التزم التفسير السليم لنصوص القانون المدنى اليونانى آنفة الإشارة " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

١٦٦ـ المقصود بالشروط الموضوعية للوصية :

تطبيق النص قاصر على الأحكام الموضوعية الخاصة بالوصية.

وهـــذه الأحكام تشمل : مدى حرية الموصى فى الإيصاء سواء مـــن حيـــث القدر الجائز الإيصاء به أو من حيث الأشخاص الذين يجـــوز الإيصـــاء لهم . فمن التشريعات ما يسمح للموصى بحرية مطلقة فى الإيصاء بأى قدر من ماله سواء وجد ورثة أم لا . ومن التشريعات ما يقيد حرية الموصى فى هذا الشأن على الأقل إذا وجد ورثـــة مـــن درجـــة معينة . كما تتجه بعض التشريعات إلى منع

الموصى من الإيصاء لأشخاص معينة كالوصية للطبيب المعالج فى مرض الموت ، أو لرجل الدين ، أو للوارث .

وكذلــك تشــمل جزاء المنع المقرر على الإيصاء فى الأحوال السابقة وكافة الآثار التى تترتب على الوصية [1].

١٦٧ـ هل تخضع الأهلية لقانون الجنسية ؟

ذهــب رأى إلى أن أهلية الموصى للإيصاء وأهلية الموصى له بالقــبول تخضــع لقانون الجنسية عملا بالمادة (١٧) مدنى . فهذا القــانون هــو الذى يقرر ما إذا كان الموصى أهلا للإيصاء وقت إنشاء الوصية أم لا ، وهذا الحكم يخالف ما ورد فى المادة ١/١١ مدنى والذى يقرر بأن العبرة بقانون الجنسية وقت التصرف، ولكن يؤكــد هــذه المخالفة أن نص المادة ١/١٧ من القانون المدنى جاء عامــا ولو أراد المشرع استثناء الأهلية لاستثناها فى الفقرة الثانية مــن هذه المادة مع استثناء الشكل ، فضلا عن أن الحل الوارد فى المادة ٣٨ من المشروع التمهيدى كان متمشيا مع نص المادة١/١١ بخصوص الأهلية ولكن عدل عن ذلك صراحة بعد مرور المشروع من لجنة المراجعة[2] .

---

(١) هشام صادق ص ٣١٩ – المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨.

(٢) جابــر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٦ – المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨- المستشار الدكتور محمد شنتا ص ٢٠٤ .

بينما يذهب رأى آخر إلى أن أهلية الموصى تخضع للقواعد العامة فى الإسناد الخاصة بالأهلية لقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية عملا بالمادة ١١ مدنى ، كما أن القواعد الموضوعية فى مختلف القوانين تستلزم لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلا وقت عمل الوصية باعتبارها عملا إراديا يلزم لصحته كمال الأهلية وقت صدور الإرادة والواجب أن تتجاوب قاعدة الإسناد مع هذه القوانين فتبين القانون الواجب التطبيق على أهلية الموصى وقت عمل الوصية ، وهو بعينه القانون الواجب التطبيق على الأهلية لمباشرة التصرفات الإرادية على وجه العموم [(١)].

ويذهب رأى ثالث إلى أن أهلية الموصى للإيصاء تخضع لكل من قانون جنسية الموصى وقت الإيصاء وقانون جنسيته وقت الوفاة. وأساس الاعتداد بقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية فى شأن أهلية الإيصاء هو أن الوصية تصرف قانونى ، أى عمل إرادى يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة .

ومع ذلك فإن الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا ، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقى الوصى حيا .

وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لاتتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصى.

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٥٥ وما بعدها .

ومـــن هـــنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصى وقت الوفاة عند تقدير مدى أهلية الموصى للإيصاء .

أمـــا بالنســـبة لعـــيوب إرادة الموصـــى فتخضع لقانون جنسية الموصـــى وقت إبرام الوصية. ذلك أن عيوب الإرادة يجب النظر إلـــيها عـــند عمـــل الوصية لأنه الوقت الذى قد تصدر فيه الإرادة معيبة(١).

ويذهـــب رأى رابـــع إلـــى وجـــوب التفرقة بصدد الأهلية بين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

فـــيما يتعلق بالوصية تخضع أهلية الإيصاء فيها وعيوب الرضا إلـــى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة . ذلك أن الوصية تصرف إرادى لاينشـــأ من الناحية القانونية إلا بعد الوفاة . وبعبارة أخرى لايترتـــب على التعبير الإرادى بالوصية أى حقوق أو التزامات إلا لحظـــة الوفـــاة . وبالـــتالى يتعين إخضاعها للقانون الذى تنشأ هذه الالـــتزامات والحقـــوق فـــى ظله أى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة.

أما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يتعين إخضاع أهلية التصرف وعيوب الرضا إلى قانون من صدر مـــنه التصرف وقت التصرف ذلك أن هذه التصرفات تنشأ وتترتب

---

(١) هشام صادق ص ٣٢٠ ومابعدها .

علـيها آثار قانونية بمجرد إبرامها فيما بين المتصرف والمتصرف إلـيه وبالـتالى يتعيـن خضـوع الأهلـية وعيوب الرضا لقانون المتصرف وقت التصرف [١].

١٦٨ـ التقيد بأحكام القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال :

القـاعدة التى ذكرناها سلفا وهى تطبيق قانون جنسية الموصى وقـت موتـه علـى الشروط الموضوعية للوصية ، تتقيد بالقانون المصرى باعتباره قانون موقع المال .

ويترتب على ذلك وجوب اتباع الأحكام الآتية :

(أ) شهر الوصية :

يجب إعمال نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى فـى مصـر باعتـباره نصا إقليميا حيث يقضى بتعليق نقل ملكية العقـار الكائن فى مصر والموصى به على التسجيل إذ يقضى بأن "جمـيع التصـرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقاريـة الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عـدم التسـجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم " .

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٦١ .

(ب) بـــيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة وما يترتب على ذلك من أثر فى حقوق الورثة فى التركة :

(راجع بند ١٥٨/ب) .

(ج) تسليم أموال الوصية وقسمة هذه الأموال :

(راجع بند ١٥٩) .

١٦٩ـ أثـر النظام العام على القانون الواجب التطبيق :

تطبـــيق قانون الجنسية على الوصية أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مقيد بعدم تعارضه مع قواعد النظام العام فى مصر، فـــإذا تجـــاوزت أحكامه الموضوعية بشأن الوصية مع هذه القواعد فإنه يجب استبعادها . ومن ثم تعتبر الوصية الواجبة متعلقة بالنظام العام ويجب أن يقضى بها فى مصر ولو كان قانون جنسية المتوفى لايقضـــى بها . فقد جاء فى المادة ٧٦ من قانون الوصية : " إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمـــثل مـــا كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موتـــه وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلـــث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عـــوض مـــن طـــريق تصرف آخر ، قدر ما يجب له وإن كان ما أعطـــاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله " كذلك يعتبر المنع الوارد فى المادة ١٧ من القانون المذكور متعلقا بالنظام العام بحيث

يجــب العمــل به ولو كان غير موجود فى قانون جنسية الموصى وقــت الوفاة ، فقد جاء فى هذه المادة " يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمدا سواء كــان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلــى الحكــم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذ كان القتل بلا حــق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمسة عشر سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى " (١).

ولم تعتبر محكمة النقض ما يقضى به القانون اللبنانى من إجازة الوصية بأكثر من الثلث بالنسبة لغير المسلمين مخالفا للنظام العام.

إذ قضت بتاريخ ١٩٦٧/٧/٢٦ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية " بأن :

" وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمــة الــنقض – لايجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصــر بــأن تمــس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعــة ، ولايدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين " .

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٨ – عز الدين عبد الله ص ٣٦٠.

وواضـــح من هذا الحكم أن طرفى الوصية لبنانيان مسيحيان ، ولذلـــك ذهـــب الحكم إلى أنه : " ولايدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين " . ومن ثم فإنه أخذا بمفهـــوم المخالفـــة إذ تعلق الأمر بالمسلمين لتعين استبعاد القانون الأجنبى الذى يقرر أحكاما تتعارض مع الشريعة الإسلامية بالنسبة للقـــدر الجائـــز الإيصـــاء به ، وعلى هذا النحو يعد الحكم السالف امتدادا لحكم محكمة النقض الصادر فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحـــوال شخصية" بتاريخ ١٩٦٤/٥/٢٧ فى شأن الميراث ، وهى بذلـــك تؤكد على رب أحكامها فى شأن الوصية والميراث بالقضاء المستقر فى مجال الزواج ونظام الأسرة، والذى جرى على استبعاد تطبيق قانون الجنسية عند مخالفة أحكامه لمبادئ الشريعة الإسلامية فى جميع الفروض التى يتعلق فيها الأمر بالمسلمين [١].

١٧٠- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن : " ومع ذلك يسرى علـــى شـــكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم فى شكل التصرفات المضافة إلـــى مـــا بعد الموت " . والمقصود بالشكل هو إظهار الإرادة إلى

---

(١) هشام صادق ص ٣٢٥ ومابعدها .

العـالم الخارجى . فلما كانت قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الوصية وسـائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، تختلف عن قاعدة الإسـناد الخاصة بموضوع هذه التصرفات فإنه يتعين على القاضى الوطنى إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضـافة إلى ما بعد الموت أن يحدد أولا ما إذا كان النزاع يتعلق بالشـكل أم بالموضـوع . ويعتبر ذلك من مسائل التكييف وبالتالى يخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى .

ولكـى تكـون الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب إما أن يراعى الشكل الذى نـص عليه قانون جنسية الموصى (أو المتصرف) وقت الإيصاء (أو وقـت التصـرف) أو قـانون البلد الذى تمت فيه الوصية (أو التصرف) .

والواقـع أن تقرير خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الإبرام فيه تيسير على المتصرف ، إذ أنه من السهل عليه معرفة الشكل الذى يقرره قـانون الدولـة التى يراد إبرام التصرف فيها . هذا فضلا عن أن خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يعد من القواعد التقليدية التى استقر عليها العمل منذ المدرسة الإيطالية القديمة [١].

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥٨ .

فإذا غير الموصى جنسيته بعد الإيصاء ، فإنه لايعتد فيما يتعلق بالشروط الشكلية بقانون الجنسية الجديدة ، وإنما يتعين توافر الشروط الشكلية التى نص عليها قانون الجنسية القديمة باعتباره القانون الذى تم فى ظله التعبير عن الإرادة .

فاليونانى المقيم فى مصر مثلا ، يستطيع أن يوصى بأمواله الموجودة فى مصر وفقا للشكل المقرر فى قانونه وقت الإيصاء ، أو وفقا للشكل المحلى المصرى .

والقانون المصرى لايستلزم شكلا معينا لإنشاء الوصية، فيجوز أن تبرم الوصية بالعبارة أو بالكتابة بل يجوز أن تبرم بالإشارة .

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أن : " تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة " .

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة المذكورة أنه : " ولاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأمــا الحــوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجــية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رســمية أو مكــتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، كذلــك تــدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها ". وهذا الحكم ليس متعلقا بشكل الوصــية الــلازم لوجودهــا بل متعلق بإثباتها ، بمعنى أن وصية الأجنــبى فى جمهورية مصر تنعقد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمــة ، ولكــنه إذا ما شاء الحصول على دليل إثبات تسمع به الدعــوى تعيــن عليه إجراء الوصية فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفــية يكتبها بخطه ويضع عليها إمضاءه أو بورقة عرفية يصدق علــي توقــيعه علــيها . والوصية التى تتم فى الشكل المحلى فى الجمهورية يتحقق الاحتجاج بها من عدمه فى دولة أجنبية حسب ما تقضى به قواعد الإسناد فى هذه الدولة .

وللمصريين أن يحرروا وصاياهم فى فى الخارج إما فى الشكل المحلى وإما حسب أحكام القانون المصرى [1].

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٦٢ – المستشار أنور طلبه ص ٤٣٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص فـــى الفقـــرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن " يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصـــاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ... " يدل على أن قـــاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وتـــرك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فـــى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعـــل القـــانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصـــل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجراء ، أخذا بقـــاعدة شـــكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنـــبا إلـــى جنب مع-قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضـــاه يـــبرر الخروج على مبدأ الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجـــة المعـــاملات الدولـــية ، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشـــكل الـــذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعـــوى بمعـــرفة القنصـــل لايتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معـــاهدة مونترو وإذ كان الخيار للموصية فى سلوك أحد الطريقين

المشـــار إلـــيهما لايجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

(أنظـــر أيضا طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ المنشور فى شرح المادة ٢٠)

مـــادة (١٨)

يســرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقــع فــيما يختص بالعقار ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب علــيه كســب الحــيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

الشــرح

١٧١ـ قـاعدة الإسـناد فى مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخـرى :

رأيــنا أن المادة تنص على خضوع الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون الموقع بالنسبة للعقار .

كما تنص المادة فى عجزها على أنه يسرى بالنسبة إلى المنقول قــانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى .

وعلى هذا نفرق فى دراستنا هنا بين العقار والمنقول .

أولا : العقــار

١٧٢ـ نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار :

رأينا أنه يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار .

ويــتحدد نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار فى المسائل الآتية :

١- بــيان ما يصح من الأشياء أن يكون محلا للحقوق المالية، وبــيان مــا يعتبر من الأشياء منقولا وما يعتبر عقارا ، لأن تقسيم الأشــياء يعتــبر من نظام الأموال ويدخل فى نطاق سلطان قانون الموقع على هذه الأشياء .

وإذ كانت المادة العاشرة من التقنين المدنى - كما رأينا- تنص علــى القاعدة العامة فى التكييف وتقضى بأن القانون المصرى هو المــرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها ، إلا أنه يرد عليها استثناء فيما يتعلق بإخضاع تكييف الأموال لقــانون موقعهــا باعتباره القانون الذى ينطبق عليها لمعرفة ما إذا كــان الشــئ عقــارا أو مــنقولا، فلا يعتد القاضى بقانونه فى هذا الصدد.

(أنظــر نقــض طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦المنشور فى هذا البند) .

٢- بيان الحقوق العينية التى يمكن أن ترد على المال لتحديد ما إذا كان يجوز ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على المال ، وبيان نطاق الحق العينى وما يخوله من سلطات وما يرد عليه من قيود.

٣- بيان أسباب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها .

ومن هذه الأسباب ما يخضع بشكل كامل لقانون موقع المال كالحيازة والاستيلاء والالتصاق والشفعة ، ومنها ما يخضع لقانون آخر، فقد رأينا أن الميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفى ولايخضع لقانون موقع المال سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العينى .

كما يختلف الأمر بالنسبة للعقود المبرمة بشأن العقار إذ تنص المادة ١٩ مدنى صراحة على أن " قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار " .

وعلى ذلك فإن قانون موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العينى للعقد من حيث إنشاء الحق العينى أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد ، وذلك حتى ولو كان لايترتب على العقد إنشاء حقوق عينية وإنما إنشاء التزامات شخصية كعقد الإيجار[١] .

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧١ .

وكــان المشروع التمهيدى يتضمن مادة برقم (٤٤) تنص على أن : " يسرى قانون موقع العقار على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار .... الخ " – وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويــتفرع على هذه الأحكام أن جميع العقود المتعلقة بعقارات ولو كانت مرتبة لحقوق شخصية تخضع لقانون موقع العقار. ويأتى الإيجــار فى طليعة هذه العقود ... الخ " – إلا أن هذه المادة حذفت مــع مــواد أخرى فى لجنة المراجعة " لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها "(١) .

ولايخـــرج مـــن اختصــــاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المـــبرمة بشـــأنه إلا مـــا يتعلق بأهلية المتعاقدين إذ تظل خاضعة للقـــاعدة العامـــة بشأن الأهلية الواردة بالمادة ١١ وما يتعلق بشكل التصـــرف إذ يظـــل خاضعا للقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة بالمادة (٢٢).

ويدق الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهى حقوق تتبع حقا مـــن الحقوق الشخصية وتستند فى وجودها إليه كحق امتياز الدائن علـــى أموال مدينه والرهن القانونى الذى تمنحه بعض التشريعات للـــزوجة على أموال زوجها . فلا يكفى لوجود مثل هذه الحقوق أن يقـــرها قـــانون موقـــع المال إذا لم يكن يقررها القانون الذى يحكم العلاقة الأصلية ، أى القانون الذى يحكم الدين نفسه أو القانون الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٨٨ هامش (٢) ومابعده .

يحكـــم آثـــار الزواج . وبعبارة أخرى فإنه يتعين للاعتداد بالحقوق العينية التبعية أن تكون مقررة فى القانونين معا [١].

٤- بـــيان أحكام الحيازة وتحديد الحقوق العينية التى يمكن أن تكسب فى الأشياء من أصلية وتبعية ، وبيان نطاق كل منها وكذلك آثـــاره . فهـــو الـــذى يبيـــن مثلا مزايا حق الملكية ، من استعمال واســـتغلال وتصـــرف ، كمـــا يبين نطاقه من حيث العلو والعمق والقـــيود التى ترد عليه وطبيعة هذه القيود ، أهى حقوق ارتفاق أم مجرد موانع من التصرف [٢].

٥- شـــهر التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون الموقع، لأن الغاية من الشهر هى تأمين المعاملات العقارية ، وهى غاية لاتدرك إلا بمراعاة أحكام قانون الموقع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " قـــاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقا للمادة ١٨ من القانون المدنى إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتســـب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام

---

(١) سامية راشد ومحمد عبد المنعم رياض ص ٣٧١ .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٣٧٣ .

الأمـــوال فى الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة فى التركة " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)

٢- " مفـــاد نـــص المادة ١٨ من القانون المدنى أنه يدخل فى مجـــال إعمال قانون موقع العقار وبيان طرق كسب الحقوق العينية وانـــتقالها وانقضائها ، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة بها كالعقد وسواء ترتب على العقد نقـــل الملكـــية فى الحال أم ترتب عليه الالتزام بنقل الملكية . وإذ أغفل المشرع النص فى المادتين ١٨، ١٩ من القانون المدنى على خضـــوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العينى أو تغييره أو زوالـــه مـــن حيث الشكل وشروط الصحة لقانون موقع العقار على غـــرار مـــا فعـــل القانون البولونى الذى استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين ، فإن العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التى تظل خاضعة لسلطان القانون الشخصى ، والشكل الخارجى للمتصرف الذى يظل خاضعا لقانون محل إبرامه ".

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٧)

١٧٣ـ كيفية تحديد موقع العقار :

لايثـــير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة . كل ما فى الأمر هو أن التســـاؤل قـــد يثار فيما لو وقع العقار على الحدود الفاصلة بين دولتين مختلفتين .

وقـــد اتفق الفقه على ضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التى يوجد بها هذا الجزء من العقار على إقليمها، على الأقل ما لم توجد اتفاقية دولية لتنظيم هذه المسألة[١] .

---

(١) هشام صادق ص ٤٦٩ .

ثانيا : المنقـول

١٧٤ـ القاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه :

تنص المادة (١٨) على أن : " ... ويسرى بالنسبة إلى المنقول قـانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتـب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدهـا " . فالقـاعدة إذن هى خضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقـق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها .

وهـذه القاعدة سائدة ومسلمة فقها وقضاء وتشريعا فى مختلف بـلاد العـالم . ويكفـى تبريرا لهذه القاعدة أن سلامة المعاملات تقتضـيها ، إذ أن قـانون الموقع هو أكثر القوانين يسرا ويقينا فى الـتعرف علـيه كمـا أن موقع المنقول هو المكان الذى تتركز فيه العلاقـات القانونـية المتعلقة بالمنقول وهو موضوعها . والمنقول الـذى تسـرى عليه هذه القاعدة هو المنقول المفرد دون المنقولات الـتى تكـون مجموعة كما هو الشأن فى ميراث المنقول إذ يحكمه قانون المورث وقت موته .

غير أنه وإن كانت قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه ظاهرة البسـاطة ، إلا أنهـا تحمل فى طياتها بعض الصعاب ، ذلك لأن المنقول قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، وقد يصعب فى الحالتين تحديد موقعه لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليه . كما أن

عــدم ثبات المنقول وقابليته للنقل من جهة إلى جهة من شأنه إمكان تعاقــب خضوعه لسلطان أكثر من قانون ، مما يثير مشكلة التنازع المتغير .

وهذا ما نعرض له فيما يلى .

١٧٥ـ تغيير موقع المنقول :

يــثور التســاؤل عــن القــانون الواجب التطبيق على الحيازة والحقــوق العيــية المترتــبة علــى منقول فيما لو تغير موقع هذا المنقول.

والذى لا خلاف فيه عند رجال الفقه هو أن قانون الموقع القديم يحكــم الحقوق التى تمت أسباب اكتسابها وقت أن كان المنقول فى هــذا الموقــع ، ويشمل مجال إعمال هذا القانون بيان هذه الأسباب وشــروطها وتحديد نطاق الحقوق التى تكسب بها وكذلك آثار هذه الحقوق .

وعلــى ذلــك فالمنقول الموجود فى سويسرا وبيع فيها لاتنتقل الملكية فيه إلا بالتسليم ، والمنقول الموجود فى فرنسا أو فى مصر وبــيع فــيها تنــتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد دون الحاجة إلى التسليم [١].

---

(١) عــز الديــن عــبد الله ص ٣٨٩ – هشام صادق الكتاب الأول الجنسية المصرية ص ٤٧٢

وإنما يدق الأمر فيما لو تحققت أسباب اكتساب الحق العينى أو فقــده فى ظل قانون الموقع القديم ، ثم نقل المنقول إلى موقع جديد، إذ تثور فى هذه الحالة مشكلة التنازع المتغير .

وقد انقسم الرأى فى هذا الشأن إلى رأيين :

الرأى الأول :

يرى وجوب تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فورى أو مباشر. وأصــحاب هــذا الــرأى بهذه المثابة يضعون للتنازع المتغير حلا شــبيها بــالحل المتــبع فى شأن التنازع الزمنى للقوانين . ذلك أن سريان قانون الموقع الفعلى للمنقول يوفر فى نظر هذا الرأى سلامة المعــاملات ، فهــو القــانون الــذى يعرفه المتعاملون فى المنقول ويطمئنون إليه .

ولايهم فى نظر هذا الرأى ما قد يؤدى إليه تطبيق قانون الموقع الجديــد مــن تعطيل لما ترتب على المنقول من حقوق فى موقعه القديم إذ القول بغير هذا من شأنه إهدار وحدانية القانون الذى يحكم المنقول فى بلد الموقع الجديد وهو ما يطيح بالثقة فى المعاملات .

وعلــى ذلك فإنه إذا باع شخص منقولا فى سويسرا لآخر ولم يتسلمه المشترى فلم تنتقل الملكية إليه وفقا للقانون السويسرى ، ثم نقــل المنقول إلى فرنسا حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية فى المنقول أصبح المشترى مالكا وفقا للقانون الفرنسى ، قانون الموقع

الحـــالى ، الـــذى يدخـــل فـــى اختصاصه بيان أثر العقد فى انتقال الملكية، وهذا هو الأثر المباشر لقانون الموقع الحالى .

الرأى الثانى :

يذهـــب هذا الرأى إلى أن مبدأ الاحترام الدولى للحقوق يقتضى مراعاة أحكام قانون الموقع القديم .

فإذا اكتملت عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فيبقى نافذا رغم انتقال المنقول إلى موقع جديد .

وعلـــى ذلـــك فلو اشترى شخص منقولا فى دولة تنتقل الملكية وفقـــا لقانونهـــا من البائع إلى المشترى دون حاجة للتسليم ، تملك المشـــترى المـــنقول حـــتى لو لم يكن قد تسلمه. ولايؤثر فى ملكية المشـــترى للمنقول أن يكون البائع قد نقله إلى دولة يشترط قانونها التسليم حتى تنتقل الملكية .

كذلـــك إذا حاز شخص منقولاً بسبب صحيح وبحسن نية فى بلد يرتـــب علـــى هذه الحيازة كسب الملكية فيبقى حقه نافذا ولو انتقل المنقول إلى بلد لايعترف للحيازة بهذا الأثر .

أمـــا إذا لـــم تكتمل عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فلا يصح الاعتراف للشخص بالحق ولو انتقل المنقول بعد ذلك إلى بلد تنتقل فيه الملكية بمقتضى عقد البيع ودون حاجة للتسليم مثل فرنسا أو مصر .

وكذلـــك فإن حيازة الشخص لمنقول بسبب صحيح وبحسن نية فـــى بلـــد لايرتب على هذه الحيازة كسب الملكية لايجعل من هذا الشـــخص مالكا ولو انتقل إلى دولة يعترف قانونها له بصفة المالك فى هذه الحالة [١].

غـــير أن هـــذا الـــرأى قد نبه إلى أن نفاذ الحق الذى اكتسب صحيحا وفقا لقانون الموقع الجديد على هذا النحو يقتضى أن يكون من الحقوق التى يقرها قانون الموقع الجديد إذ من غير المقبول أن يعـــترف بحـــق يجهله قانون الموقع الجديد . وعلى ذلك إذا اكتسب الشخص حق رهن رسمى على منقول ثم نقل المنقول إلى بلد لايقر قانونه هذا الحق لايتمتع صاحب الحق بحقه فى الموقع الجديد .

هـــذا بالنسبة لشروط نفاذ الحق . أما عن مضمون الحق الذى اكتســـب صحيحا وفقا لقانون الموقع القديم ، أى ما يخوله لصاحبه من سلطات فهو يتحدد وفقا لقانون الموقع الفعلى، أى قانون الموقع الجديد الذى نقل إليه المنقول .

وعلـــى ذلـــك فإذا كان حق رهن الحيازة الوارد على المنقول يخول الدائن المرتهن وفقا لقانون الموقع القديم الذى اكتسب فى ظله

---

(١) هشـــام صادق ص ٤٧٣ ومابعدها – جابر جاد عد الرحمن ص ٥٢٥– حامد زكى ص ٣٣٢ ومابعدها – سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧٤ .

الحــق فى تملك المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون ، وكان قانون الموقع الجديد لايعطى الدائن المرتهن هذا الحق فيجب إعمـــال قانون الموقع الجديد فلا يترتب على عدم الوفاء حق الدائن فى تملك المرهون[١].

وهذا الرأى هو الرأى الراجح فى الفقه المصرى .

١٧٦ـ المنقولات المتحركة :

ثمـــة مـــنقولات أخرى تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد موقعهـــا فـــى دولة معينة كالسفن فى البحار والبواخر فى الأنهار والطائرات والبضائع المنقولة على ظهر السفن أو بالسكك الحديدية كمـــا يتأتى أن توجد جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما لـــو وجـــدت فـــى عرض البحار مثلا ، ففى هذه الحالات نجد من الصـــعب الاعـــتماد فـــى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الأموال، على قانون الموقع لأن هذا الموقع يتغير باستمرار ، ومن ثـــم يجب البحث عن قانون آخر يوفر تطبيقه ضمانات معادلة لتلك الـــتى يقدمهـــا قانون الموقع بالنسبة للأموال ذات الموقع الثابت أو التى تتمتع بنوع من الثبات والاستقرار.

ونعرض لذلك فيما يلى .

---

(١) هشام صادق ص٤٧٤ ومابعدها .

(أ) القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات :

تـــرجع الصعوبة فى تحديد موقع كل من السفينة والطائرة إلى أنها دائمة الحركة . ومن جهة أخرى فهى كثيرا ما توجد فى مكان لايخضــــع للسيادة الإقليمية لدولة ما ، كما هو الشأن بالنسبة للسفن فـــى أعالى البحار والطائرات فى الفضاء الجوى الذى يعلو البحار العامة .

والـــرأى السائد لدى الفقه هو إخضاع كل من السفينة والطائرة لقـــانون العلـــم ، أى قانون الدولة التى تسجل أو تقيد فيها . فليست العـــبرة إذن بمكان وجودها الفعلى ، وإنما ينطبق قانون العلم على كل ما يتعلق بحيازة السفن والطائرات وما يترتب على أى منها من حقوق عينية بصرف النظر عن مكان وجودها الطبيعى [١].

وكذلـــك يقـــرر الفقـــه ولنفس الأسباب السابقة، إخضاع السفن الـــنهرية الـــتى تقـــوم بالملاحـــة فى الأنهار الدولية لقانون ميناء التسجيل.

أمـــا الســـفن الـــتى تقوم بالملاحة الداخلية فهى تخضع لقانون موقعها الفعلى ، أى قانون الدولة التى تقوم بالملاحة فى أنهارها .

---

(١) هشام صادق ص ٤٧٠ – حامد زكى ص ٢٣٤ هامش (٣) .

(ب) القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها :

تبدو الصعوبة فى هذا الفرض لكون البضائع قد تجتاز حدود أكثر من دولة خلال نقلها . بل وقد تمر البضائع فى إقليم لايخضع للسيادة الإقليمية لأى دولة ، مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على ما قد يكتسب من حقوق عينية عليها .

والرأى المعول عليه هو اعتبار موقع البضائع أثناء النقل هو فى البلد المصدرة إليه . ومن ثم فهى تخضع لقانون هذا البلد .

غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى نطاق تطبيقهم فرأى بعضهم أن قانون البلد المصدرة إليها البضاعة يحكم البضائع وهى فى طريقها إلى بلد التصدير سواء أكانت مرسلة بالطرق البرية أم بالطرق البحرية ، وذلك فيما عدا الأشياء التى يحملها المسافر معه على باخرة إذ تخضع لقانون العلم .

ورأى البعض الآخر أن البضاعة المرسلة على بواخر البحار تخضع لقانون العلم وليس لقانون الجهة المرسلة إليها الذى يجب أن يقتصر اختصاصه على البضائع المرسلة بالوسائل البرية .

كذلك منهم من رأى أنه إذا تحقق للبضاعة أثناء النقل استمرار مؤقت فى مكان (resting - place) خضعت البضاعة لقانون

هــذا المكان فيمكن لدائن مالك البضاعة أن يوقع حجزا عليها وفقا لهذا القانون ، كما يكون للمالك أن يبيعها وفقا لهذا القانون أيضا[١].

ونرى الأخذ بالتطبيق الأول لهذا الرأى .

١٧٧ـ المنقول المعنوى :

يقصد بالمنقول المعنوى الشئ الذى لايقع تحت الحس ومع ذلك يصلح محلا للحق العينى (م٨٢/١، م٨٦ مدنى) .

والحقــوق الــتى تترتب فى الأشياء المعنوية هى حقوق عينية معنوية ، مثل الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وتتخذ مكانها من تقســيم الحقــوق المالــية فى قسم الحقوق المنقولة ، وتعتبر أموالا منقولة .

كذلــك يوجــد مــن بين الحقوق الشخصية ما يمكن النظر إليه بصرف النظر عن مصدره باعتباره منقولا معنويا مثل الدين .

ويــثور التســاؤل عما إذا كانت القاعدة الواردة فى المادة ١٨ مدنى التى تقضى بخضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الــذى ترتــب علــيه كســب الحق فيه أو فقده منه ، تنصرف إلى المنقول المادى وحده أم إليه وإلى المنقول المعنوى .

---

(١) راجــع فى هذا هشام صادق ص ٤٧٠ وما بعدها – عز الدين عبد الله ص ٣٨٦ وما بعدها .

وقــد اتضح من مراجعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن هــذه المسألة كانت تحت البصر فى لجنة سنة ١٩٣٦ الثانية ، فقد حدث أثناء نظر المادة ١٤ من المشروع التمهيدى (والتى صارت فــيما بعــد المادة ٤١ من المشروع ثم المادة ١٨ من التقنين) أن اقترح أحد الأعضاء " أن ينص كذلك على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمنقولات المعنوية" ، وذكر عضو آخر "أنه من المعلوم أن لفظة منقول الواردة بالمادة تنصرف فقط إلى المنقولات المادية دون المعنوية ، فإذا كان هناك شك من هذه الناحية ، فإنه يحسن تعريف لفظــة "المنقول" بإضافة لفظة المادى إليه" . وقد عقب رئيس اللجنة على ذلك بقوله: " إن النص الخاص بهذه القاعدة (أى قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه) فى جميع التشريعات خلو من لفظة (مادى) وأنــه يمكــن بناء على ذلك الاكتفاء بإثبات التحديد المقترح للفظة مادى بمحضر أعمال اللجنة " .

وقد وافقت اللجنة على ذلك [١].

وظاهــر مــن هذا أن القاعدة الواردة فى المادة ١٨ فيما يتعلق بالمــنقول، مقصــورة علــى المنقول المادى ، وهو ما يتعين معه البحث عن قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المعنوى فى ظل القواعد العامة ، وهو ما نفصله فيما يلى .

---

(١) لجــنة المرحوم كــامل (باشا) صدقى – الأعمــال التحضيرية جــ١ ص ٢٧٨ ومابعدها .

١٧٨- أولاً : الملكية الفكرية :

تشــمل الملكــية الفكــرية الملكــية الأدبــية والفنية والتجارية والصــناعية . وتوجــد صعوبة فى تحديد القانون الذى يحمى هذه الملكية مردها أن الكتاب مثلا قد يؤلف ويطبع فى بلد ثم يتداول فى بلــد أو بــلاد أخرى . والاختراع قد يظهر فى بلد ويستخدم فيه ثم لايلبث أن يستخدم فى بلاد أخرى ، والعلامات التجارية والصناعية قد تسجل فى بلد ويطلب حمايتها فى بلد آخر .

وقد وضعت الحل لذلك بعض الاتفاقات الدولية بحلول خاصة ، مــنها اتفاقــية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية والمؤرخة ٩ ســبتمبر ســنة ١٨٨٦ والمكملــة بباريس فى ٤ مايو سنة ١٨٩٦ والمعدلة ببرلين فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، والمكملة فى برن فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٤ ، والمعدلة بروما فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٨، وبروكسل فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨، واستكهولم فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٧ ، وباريس فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٧١ .

أمــا حيــث لاتوجــد اتفاقية ، فالمقرر وجوب اتباع قانون بلد الأصل . غير أن تحديد هذا القانون قد يدق كثيرا ، ومع ذلك فيمكن أن يقال إن هذا القانون بالنسبة لحق التأليف هو قانون البلد الذى تم فيه الطبع أو النشر أولا إذ أن هذا النشر هو الذى يسبغ على العمل الفنى أو الأدبى قيمته الخاصة من ناحية العلاقات الاجتماعية ، فمن

هــذه اللحظـــة – لحظة النشر – قد يتطلع الأفراد إلى هذا العمل ، باعتباره مالا بغية الاستفادة منه ومن ثم فيبدو معقولا أن تنظم دولة المكان الذى تم فيه النشر كافة الحقوق الخاصة بالمؤلف وبالجمهور، وفضلا عن ذلك فإنه إذا كان للأفراد أن يستعلموا عن الحقوق التى يتمـــتع بهـــا المؤلف فإن الطبيعى أن يلجأوا إلى قانون المكان الذى ظهر فيه العمل (المؤلف) إلى حيز الوجود بالنسبة لهم .

أما بالنسبة لبراءات الاختراع والعلامات الفارقة فإن قانون بلد الأصـــل يتحدد بقانون الدولة التى نظمت حمايتها أولا ويمكن تبرير ذلك بفكرة احترام الحقوق .

والملاحـــظ أن هذا الحل يفترض أن العمل قد نشر ، أما إذا لم ينشر، فقد قيل بأن العبرة فى هذه الحالة بالقانون الشخصى للمؤلف، بيـــنما يفضل البعض عليه قانون الموقع المادى ، كذلك قد يتأتى أن يتم النشر فى عدة بلاد فى نفس الوقت ، وهنا يرجح بعض الكتاب قـــانون الـــبلد الـــذى تـــم فيه النشر الرئيسى أو الأصلى فإن تعذر الترجـــيح فالعـــبرة بقانون موطن المؤلف ، ويقرر اتفاق برن بأن العبرة بقانون البلد الذى يقرر الحماية لمدة أقل[١] .

---

(١) جابـــر جـــاد عبد الرحمن ص ٥٣٠ هامش(١)– سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٧٦ ومابعدها .

وفــيما يــتعلق بحق المخترع على اختراعه ، فإن من المستقر ســريان قــانون الدولة التى منحت براءة الاختراع . ذلك أن حق المخترع لاينشأ إلا بالحصول على البراءة وبالتالى فإن قانون الدولة التى منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق .

أمــا التصميمات والنماذج الصناعية ، فإنها تخضع وفقا للرأى الغالــب لقــانون الدولــة التى تم فيها تسجيل التصميم أو النموذج فالتســجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة لها ، وهو قرينة على وجود صاحبه منذ وقت التسجيل [١].

أمــا العلامــات والأســماء التجارية فإن الحق فيها مستمد من الأسبقية فى استعمالها للدلالة على مشروع معين .

لذلــك فإن القانون الذى يحكم الحق فيها وفقا للرأى السائد هو قانون الدولة التى يوجد فيها هذا المشروع .

ومــع ذلــك فيجب أن نلاحظ أن تطبيق قانون بلد الأصل مقيد بقيدين :

(الأول) أنــه إذا تطلبت قوانين الدول الأخرى التى يراد حماية هــذه الحقوق فيها اتباع إجراءات معينة كالتسجيل مثلا فيجب اتباع هذه الإجراءات .

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧٧ ومابعدها .

إذ يجـب التميـيز بين موضوع الحقوق التى ينظمها قانون بلد الأصل ووسائل الاستفادة منها وهذه ينظمها قانون بلد التداول [١].

(الـثانى) أنه إذا كانت حماية هذه الحقوق فى قانون بلد الأصل أوسـع مدى منها فى قانون بلد التداول (كأن كانت المدة مثلا ١٥ سنة فى قانون بلد الأصل و ١٠ سنوات فى قانون بلد التداول) فإن العبرة بما يقوله هذا القانون الأخير إذ لايصح لأصحاب هذه الحقوق من الأجانب أن يطمعوا فى حماية أكثر مما يتمتع به الوطنيون .

١٧٩ـ ثانيا : الديـون :

وهـذه الديـون قد تكون ناشئة عن عقود (التزامات تعاقدية) فتخضـع للقـانون الذى يحكم الالتزامات التعاقدية كما سنرى فى شرح المادة (١٩) .

وقـد تكون ناشئة عن أفعال ضارة فسنرى أنها تكون محكومة بالقانون المحلى .

أمـا إذا كانت مجسدة فى شكل صكوك فيجب أن تخضع لقانون موقعها .

---

(١) جابـر جـاد عبد الرحمن ٥٣٠ وهامـش (٢) - حامد زكى ص ٣٣٤ ومابعدها .

فـــإذا كانت هذه الصكوك لحاملها فهى كالمنقولات المادية سواء بســـواء فتخضــــع لقانون الجهة الموجودة فيها على نحو ما ذكرناه بالنسبة للأموال المادية .

أمـــا الصـــكوك الإسمية كالأسهم والسندات الإسمية وحصص التأســـيس فقد ثار بشأنها الخلاف . فقال البعض بأن العبرة بقانون موطـــن الدائن لأن الدين ملكه فيجب أن يكون موقعه فى موطنه ، وقال البعض الآخر بوجوب تطبيق قانون موطن المدين إذ أن الدين لـــو فصـــل عـــن شـــخص الملتزم به لأصبح ولامعنى له ومن ثم فلتجســـيد هـــذا الدين يجب ربطه بالمدين وإخضاعه لقانون موطنه فهـــو يجـــب أن يدفـــع فى هذا المحل كما يمكن أن تباشر فيه كافة الدعـــاوى والمحجـــوزات . فضلا عن أن هذا القانون يعتبر أكثر حمايـــة للدائنيـــن الذيـــن يظهرون فيما بعد إذ أن تركيز الديون فى موطـــن المديـــن يعطى لها محلا دائما ، ومن ثم فيحكم هذا القانون كل ما يتعلق بهذه الديون من حوالة ورهن وغير ذلك .

وكذلـــك إذا وجـــدت نصوص خاصة بهذه الصكوك كضرورة التأشـــير فـــى دفـــتر الشركة التى أصدرتها مثلا فيجب القيام بهذا التأشير إذ أن هذه الصكوك لا تتداول إلا به .

أما الصكوك الإذنية وهى الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات، فـــإن قـــانون محل الوفاء يكون هو القانون الذى يجب أن تكون له

الأرجحـــية . ففـــى هذا المحل تنشأ المنازعات وينبغى أن تتخذ فيه الإجـــراءات التحفظـــية وقد يتم التنفيذ الجبرى وبعبارة موجزة فإن الحـــق ســـيجد فى هذا المكان تعتبرا أو مظهرا خارجيا ، ومن ثم فيجـــب أن يحكـــم هذا القانون كافة الحقوق العينية التى تكون هذه الصـــكوك موضـــوعا لهـــا سواء من حيث الإنشاء أو الانتقال أو الـــزوال ، فهو الذى يحكم التظهير وأثره والوفاء والنتائج المترتبة علـــى عدم الوفاء وهو الذى يحكم الرهن وإيداع هذه الصكوك فى الحســـاب الجـــارى وهو الذى يحكم الإجراءات التى تتخذ فى حالة السرقة أو الضياع وغير ذلك [1].

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣١ ومابعدها- وثمة رأى يقضى باعتبار كـــل الـــتزام صرفى مستقلا عن غيره من الالتزامات ويجب أن يخضع لقـــانون الجهـــة الـــتى عقد فيها (فيلتزم الساحب بقانون محل السحب والمظهر بقانون بلد التظهير والقابل بقانون بلد القبول) ، وقد أخذ بوجهة النظر هذه إلى حد كبير كل من اتفاق جنيف سنة ١٩٣٠ بخصوص حل تـــنازع القوانين فى الكمبيالة والسند الإذنى ، واتفاق جنيف سنة ١٩٣١ بخصـــوص تـــنازع القوانيـــن بشأن الشيك ، ولكن يعيب هذا الرأى أنه يتجاهل الرابطة التى تربط الالتزامات الصرفية ، فكل قانون ينص على نظـــام خاص بالرجوع فى حالة عدم الوفاء ولذلك يبدو غير معقول أن يخضع هذا النظام لتحديدات مختلفة باختلاف أمكنة التظهير ، ومن ناحية أخـــرى فإن مكان التظهير قد لايظهر دائما فى حين أن الصفة المجردة

١٨٠ـ ثالثا : المحال التجارية :

هذه المحال موجودة بالضرورة فى بلد معين . ويتحدد هذا البلد بالمكان الذى توجد فيه معظم العناصر المكونة للمحل ، فإن كان له فروع خضع كل فرع لقانون الجهة التى بها هذا الفرع .

ومن ثم تخضع لقانون هذا البلد بالنسبة للحقوق العينية التى ترد عليها .

للصـك يجب أن تستتبع تعرف قيمة الالتزامات التى تضمن للمظهر له حقه ووزنها الصحيح ، وفى النهاية فإذا كان المفروض أن المظهر وقت أن تلقى الصك قد تعرف على الضمانات التى تضمن الوفاء بحقه فى بلد معين طبقا لقانون هذا البلد فإنه لايبدو غريبا أن تخضع التزاماته المقابلة لـنفس القانون (مشار إليه فى مؤلف جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٣ هامش ١)

مـادة (١٩)

١- يســرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فـيها الموطــن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطـــنا ســرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المــتعاقدان أو يتبيــن من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه .

٢- علـــى أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار .

الشـــرح

١٨١ـ تطبـيق قـانون إرادة المـتعاقدين عـلى الالـتزامات التعاقدية:

يقصـــد باصـــطلاح قانون إرادة المتعاقدين فى القانون الدولى الخـــاص أنـــه فى مجال تنازع القوانين بشأن العقود يؤخذ بالقانون الذى اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا .

وأساس إعمال قانون إرادة المتعاقدين هو احترام تلك الإرادة إذ مـــن الطبيعى والمعقول أن يصبح فى مقدور المتعاقدين ، إذا أنشئا فـــيما بينهما رابطة التزام اختيار القانون الذى يحكم هذه الرابطة أو العلاقة من حيث الصحة ومن حيث الآثار. فكما أن المشرع يحمى الأشـــخاص بتطبيق قانون جنسيتهم على مسائل أحوالهم الشخصية

ويحمـــى أرواحهـــم ومصـــالحهم بتطبـــيق القانون المحلى ويحمى ثرواتهم بتطبيق قانون موقع المال (القانون الإقليمى) فيجب عليه أن يحمـــى إرادتهـــم ويحترمها بالسماح بتطبيق القانون الذى يقع عليه اختيارهم لحكم التزاماتهم التعاقدية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تحصـــيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى ، بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقـــررة فـــى المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لايفـــيد ذلـــك ، يعد من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضـــى الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد علـــى شـــحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفة الطاعنة تم بمشارطة إيجـــار لاتخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن ، أعمل ما تم اتفاق الطرفيـــن عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحرا الصادر بإنجلـــترا فـــى ســـنة ١٩٢٤- والقواعد الملحقة به ، وكانت المادة الـــرابعة من تلك القواعد تقضى بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهـــلاك أو الـــتلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو

المرشد أو مستخدمى الناقل فى الملاحة أو فى إدارة السفينة، وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتى الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع متى كان سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه ، فإن المحكمة لاتكون بعد ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائى- الذى ألغته- والرد عليها ويكون النعى بما ورد فى هذا السبب على غير أساس ".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٣)

٣- " النص فى المادة ١٩ من القانون المدنى على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى توجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما فى هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التى تم فيها العقد " .

(طعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٤)

١٨٢- الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية :

اعتد المشرع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة المتعاقدين . وهذه الإرادة قد تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية. والإرادة الضمنية هى التى يستخلصها القاضى من ظروف التعاقد . فيمكنه أن يستشف هذه الإرادة من استعمال المتعاقدين لاصطلاحات معروفة فى قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو انتماء طرفى العلاقة لجنسية دولة معينة أو اشتراط الدفع بعملة معينة أو اشتراط تنفيذ العقد فى إقليم. واستخلاص القاضى للإرادة الضمنية لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه فى الحقيقة يقوم بتفسير العقد، وهو ما لايخضع بصفة عامة لرقابة محكمة النقض(١).

أما إذا لم يصرح المتعاقدان بإرادتهما فى شأن تحديد القانون الذى يحكم العقد، وكانت ظروف الحال لا تنم عن إرادتهما الضمنية فى هذا الشأن، فقد جرى الفقه والقضاء على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذى يحكم العقد . فالقاضى فى هذه الحالة لايفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدان ، وإنما هو يعين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان وبعبارة أخرى هو لايبحث عن إرادة للمتعاقدين موجودة فعلا بل يفرض عليهما إرادة

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٢٣ .

غـــير موجودة فعلا ويقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد ، وهـــى ما أطلق عليه " الإرادة المفروضة " يأخذها القاضى بمعيار موضوعى هو الرجل المعقول .

ويـــرى بعض الشراح أن الأخذ بالإرادة المفروضة يخرج العقد فى هذه الحالة من مجال إرادة المتعاقدين ، إذ حاصل الأمر هو أن إرادة القاضـــى هى التى تعين القانون الواجب التطبيق وليس إرادة المتعاقدين [1]، وهو ما نراه فى محله .

١٨٣ ـ نطاق تطبيق قانون إرادة المتعاقدين :

مجـــال الأخـــذ بقانون إرادة المتعاقدين هو الالتزامات التعاقدية على العموم ومن ثم فإذا اختار المتعاقدان قانونا معينا ، صراحة أو ضـــمنا ، فيجب تطبيق هذا القانون على العقد من كافة نواحيه فيما عدا الأهلية والشكل ، وهما مسألتان لاتدخلان فى الحقيقة فى نطاق العقـــود، بحيث يسرى هذا القانون بالنسبة لأركان الانعقاد وشروط الصحة والإثبات وترتيب الآثار . فحرية المتعاقدين هنا أوسع منها فـــى القـــانون الداخلى إذ هى فى هذا الأخير مقيدة بالقواعد الآمرة الـــتى لايجوز للأفراد أن يتفقوا على عكسها وقاصرة على قواعده المفســـرة والمخيرة التى يجوز لهم مخالفتها ، أما بالنسبة للعلاقات

---

(١) راجـــع عـــز الديـــن عبد الله ص٤٣٤ ومابعدها- حامد زكى ص٢٤٣ ومابعدها .

القانونية ذات العنصر الأجنبى فحريتهم فى اختيار القانون الواجب التطبيق لاتعرف هذه القيود فهى تجمع بين دفتيها مبدأ حرية التعاقد المذكـور وتمـتد إلى أبعد من ذلك فتشمل القواعد المتعلقة بالسبب والموضـوع وعـيوب الرضـا ، إذ المقصود هو تشجيع الاتجار والعلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة .

ومـع ذلـك فإن حرية المتعاقدين ليست مطلقة بل هى تخضع لقيدين هما :

(أولا) هـناك عقود لاتخضع للقانون الذى يريده العاقدان وهى العقـود التى ينظمها المشرع تنظيما دقيقا وتخضع للرقابة الإدارية بحيث تفلت، فى حدود هذه الرقابة، من أحكام القانون العام للعقود ، ومـن أمثلة ذلك عقود التأمين التى تتم فى الجمهورية أو تنفذ فيها فالقـانون الـذى يحكم رقابتها وهو القانون المصرى يعتبر متعلقا بالبولـيس حيث يلعب بمقتضاه عمال الدولة ووكلاؤها دورا إيجابيا ضـروريا بالنسبة لها، ويجب على المنظمات الأجنبية التى تتعاطى مهنة التأمين فى جمهورية مصر أن تكون لها مؤسسات قادرة على توفير مستلزمات ومقتضيات الرقابة .

كذلـك الحـال بالنسبة لعقد الشركة ، فإرادة المتعاقدين قاصرة على إنشاء مركز قانونى ويتكفل القانون (وهو قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى أو القانون المصرى) باعتباره قانون محل النشاط

الرئيسى وذلك طبقا للمادة ٢/١١ مدنى بتحديد مضمون هذا المركز علـــى سبيل الإلزام وليس للأفراد حرية اختيار قانون معين ، وعقد العمـــل أيضــــا لايخضع- بالنسبة لعلاقة رب العمل بالعامل- إلى قانون إرادة المتعاقدين وإنما إلى القانون المحلى .

(ثانـــيا) يستبعد القانون الواجب التطبيق عملا بإرادة المتعاقدين إذا ثبـــت أن إعمالـــه قد تم غشا نحو القانون ، أو إذا كان القانون الأجنبى الذى اختير تتجافى أنظمته مع الأنظمة الأساسية فى قانون القاضــــى وذلك أخذا بفكرة النظام العام . ومن أمثلة ذلك التصرف فـــى الـــتركات المستقبلة فإذا كان هذا التصرف جائزا وفقا لقانون إرادة المتعاقدين ، فإن هذا القانون يجب أن يستبعد لمخالفته للنظام العـــام عندنا إذ جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه [1].

١٨٤ـ سـريان قانون دولة الموطن المشترك أو قانون الدولة التى تم فيها العقد :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١٩) تنص على أن : "يسرى علـــى الالـــتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشـــترك للمتعاقديـــن إذا اتخـــذا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٦ ومابعدها .

قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه " .

وبالترتيب على ذلك ، إذا لم يتفق المتعاقدان على القانون الذى يسرى على العقد أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ، بالتفصيل الذى أوردناه فيما سلف . فإنه يتعين التفرقة فى تحديد القانون الذى يسرى على الالتزامات التعاقدية بين حالتين :

(الأولـــى) إذا كان يوجد موطن مشترك للمتعاقدين ، أى موطن واحد، فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك .

(الثانـــية) إذا كان لايوجد موطن مشترك للمتعاقدين، وإنما كان لكـــل مـــنهما موطـــنا مستقلا فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى تم فيها العقد أى التى أبرم فيها العقد .

١٨٥ـ مجـال تطبـيق قـانون الإرادة أو مـا يحل محلها على مختلف نواحى العقود :

يخـــرج من مجال قانون الإرادة وما يحل محلها وهو ما يطلق علـــيه "قانون العقد" كل ما يتعلق بالشكل وأهلية المتعاقدين. فالشكل الذى يجب أن يتم فيه العقد يخضع لقواعد إسناد خاصة كما سنرى فـــيما بعـــد . كذلك تخرج أهلية المتعاقدين من مجال تطبيق قانون

العقـد إذ يخضع تحديد الأهلية كما سبق أن رأينا للقانون الشخصى وهو قانون الجنسية وفقا للقانون المصرى .

ولئن كان المشرع قد قصد باستعماله عبارة الالتزامات التعاقدية إخضـاع كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها لقـانون واحد وهذا هو قانون الإرادة أو قانون العقد إلا أن البحث فى تكوين العقد وآثاره يثير عدة مسائل نعرض لها فيما يلى .

١٨٦ـ أولاً : تكوين العقد :

إن بحث المسائل التى تتعلق بتكوين العقد يقتضى التعرض لكل من التراضى من جهة والمحل والسبب من جهة أخرى .

(أ) التراضى :

لا خـلاف بين الفقه فى وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة علـى أسـاس أن هـذه المسألة تدخل فى مضمون فكرة الأهلية ، وتخضع بالتالى لقانون الجنسية وفقا للمادة (١١) مدنى .

أمـا وقـد استبعدنا مسألة وجود الإرادة ، فإن قانون العقد هو الذى يسرى على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة وهل يشترط أن يكـون التعبـير صريحا أو ضمنيا ، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره .

كذلـك حكـم السكوت ، وهل يمكن اعتباره قبولا من عدمه ، وكيفية تحديد زمان ومكان العقد الذى يتم بين غائبين .

كمـــا يدخــل فـــى مضمون الفكرة المسندة أيضا كل ما يتعلق بعيوب الإرادة ومدى أثرها على صحة التعاقد .

غــير أن فريقاً من الشراح يرى إخراج بعض هذه المسائل من مجــال تطبــيق قانون العقد . فهم يرون عدم خضوع تحديد زمان ومكـــان العقــد المبرم بين غائبين لقانون العقد وإخضاعهما لقانون القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بتكييف المسألة التى أعطاهـــا وصـــف العلاقـــة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد .

كذلـــك يـــرى بعض الفقهاء عدم خضوع عيوب الإرادة لقانون العقد وإخضاعها للقانون الشخصى لمن صدرت منه الإرادة تأسيسا علـــى أن القواعـــد المتعلقة بهذه العيوب تهدف إلى حماية الشخص نفسه .

كمايرى بعض الفقه عدم خضوع السكوت ومدى اعتباره تعبيرا عن القبول لقانون العقد ووجوب إخضاعه لقانون مركز أعمال من وجـــه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته والقول بغير ذلك من شأنه مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم لايعرفه(١) .

---

(١) راجع هشام صادق ص ٣٦٦ ومابعدها – سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٨٩ ومابعدها .

(ب) المحل :

يحـــدد قـــانون العقد ، الشروط الواجب توافرها فى المحل من حيـــث الوجـــود وإمكـــان الوجود فقد يكون شيئا مستقبلا عملا أو امتناعا عن عمل ، ومن حيث الإمكان فيجب أن يكون ممكنا وليس مســتحيلا ، ومـــن حيـــث التعيين ، ومن حيث عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الأداب بأن يكون قابلا للتعامل فيه وفقا لقانون العقد ولقانون محل التنفيذ ولقانون القاضى . فإن كان التعامل فى المحل مشـــروعا وفقـــا لقـــانون العقد ولقانون التنفيذ فى حين يعتبر غير مشـــروع فـــى قانون القاضى، التزم القاضى بتطبيق قانونه ، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان على فوائد ربوية ويحددان القانون الواجب التطبيق وهو يجيزها على أن يودعها المدين لدى بنك فى دولة يقر قانونهـــا هذه الفوائد ، ونظرا لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، يلجأ الدائـــن إلـــى قاض فى البلد الذى يتوطنان به لإلزام المدين بالتنفيذ ويكون قانون القاضى يحرم الفوائد الربوية وحينئذ يرفض القاضى الدعوى لعدم مشروعية المحل وذلك لأن محل الالتزام عندما يكون عمـــلا فإنــــه يخضع لقانون محل التنفيذ ، فإن كان هذا القانون هو قانون القاضى ، التزم بقانونه . أما إن كان المحل شيئا فإنه يخضع من حيث قابليته للتعامل لقانون موقعه [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٠- حامد زكى ص ٣٤٥ .

(ج) السبب :

الرأى الراجح فى الفقه خضوع سبب العقد بدوره لقانون العقد. فهـو يخضـع له مـن حيث وجوده ومشروعيته . غير أنه يلاحظ وجـوب مشـروعية السـبب كذلك وفقا لقانون القاضى وإلا تعين استبعاد قانون العقد لتعارضه مع النظام العام .

كذلـك قـد يسـتبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضى يتطلب وجود سبب للتعاقد ولم يكن العقد قائما على سبب [١].

١٨٧ـ ثانياً : آثار العقد :

تدخـل آثـار العقد كقاعدة عامة فى مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية . ونتولى فيما يلى بيان القاعدة والاستثناءات التى يقررها الـبعض فـى شـأنها ، وذلـك بالنسبة لكل من آثار العقد المتعلقة بالأشخاص وآثاره المتعلقة بالموضوع .

(أ) آثار العقد بالنسبة للأشخاص :

تخضـع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذى يحكم العقد. وعلـى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير على أن مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يدخل فى مجال إعمال القانون الذى يحكم الميراث أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فهو

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩١ .

يعد وفقا لرأى البعض داخلا فى مضمون الفكرة المسندة بينما يرى البعض الآخر أن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال .

ويخضع لقانون العقد أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير ، وكذلك حق الدائنين فى الطعن فى العقد بالدعوى البوليصية وعلى حقهم فى رفع الدعوى غير المباشرة .

ويسرى قانون العقد على إضافة تصرف النائب إلى الأصيل مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل. إذا الملاحظ فى النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف إلى الأصيل مباشرة .

فهذا الأخير وإن لم يكن طرفا فى العقد إلا أن إرادته هى مصدر صفة النائب ، كما أنها هى التى تحدد نطاق النيابة وحدودها.

ومع ذلك يتجه البعض إلى تطبيق قانون العقد الذى يبرمه النائب مع الغير على أساس أن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وآثاره ، مما يقتضى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة .

وغنى عن البيان أن النيابة القانونية عن فاقدى الأهلية وناقصيها تخرج عن مضمون الفكرة المسندة . إذ من غير المقبول أن يعتد بإرادة الأصيل والفرض أنه معدوم الإرادة أو ناقصها . وسلطة النائب فى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن المشمول بالحماية ، وحكم التصرف الذى يبرمه النائب مجاوزا سلطاته فى هذا الشأن،

هـــى مسائل تخضع لقانون جنسية الشخص الذى تجب حمايته وفقا للحكم المقرر بالمادة ١٦ من القانون المدنى .

وأخيرا فإن النيابة القانونية للفضولى عن رب العمل بالنسبة لما يجريه من تصرفات قانونية لحساب هذا الأخير تخرج بدورها عن مضـــمون الفكرة المسندة . ذلك أن مدى سلطة الفضولى فى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل تخضع للقانون الذى يحكم الفضـــالة ، وهـــو قانون المكان الذى تصرف فيه الفضولى لصالح رب العمـــل وفقا للحكم المقرر فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدنى [١].

(ب) آثار العقد بالنسبة للموضوع :

يســـرى قانون العقد على موضوع العقد . فيرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التى يولدها العقد وأحكامه . ويقتضى هـــذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة فى القانون الذى يحكم الروابط التعاقدية .

وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد ، فإن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذى يحكم العقد. فيرجع إلى هـــذا القـــانون لمعرفة متى يكون التنفيذ عينيا وكيف يكون وأهمية الإعذار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائى وأحكام التعويض القانونى أى الفوائد .

---

(١) هشام صادق ص ٣٧٠ ومابعدها .

وعلـــى هـــذا النحو تخضع المسئولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد ، وليس لقانون محـــل وقـــوع الفعـــل الضـــار والـــذى يسرى فى شأن المسئولية التقصـــيرية كما ظن البعض فليس الخطأ فى ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية ، وإنما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذى فرض هذه الالتزامات .

ويحكم قانون العقد كذلك التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام .

ويحدد قانون العقد عناصر المسئولية التعاقدية وأسباب دفعها ، كما يحكم مدى صحة شروط عدم المسئولية .

كما يبين الأجل وآثاره وأسباب سقوطه .

وبالـــرغم مـــن خضوع تنفيذ الالتزام التعاقدى لقانون العقد فإن قـــانون دولـــة التنفيذ قد لايقر الوسائل التى ينص عليها قانون العقد ممـــا يترتب عليه استحالة التنفيذ . وتعد هذه الاستحالة بمثابة القوة القاهرة وهى تخضع لقانون العقد [١].

وتخضـــع أوصاف الالتزام لقانون العقد . فهذا القانون هو الذى يبيـــن مـــدى صـــحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه ، والأجل وآثاره وأســـباب سقوطه ، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء كان الالتزام تخيـــيريا أو بدلـــيا ، وكذلك تعدد طرفى الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للإنقسام .

---

(١) سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٩٣ .

ويخضـــع لقـــانون العقد انتقال الالتزام سواء كان هذا الانتقال إيجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين.

ويحكـــم قانون العقد كذلك أسباب انقضاء الالتزام ، فهو الذى يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختيارى وشروط صحته . ويبين من يصح منه الوفاء ومن يصح له الوفاء ، وهو الذى يبين على أى شئ يقع الوفاء وزمانه ومكانه .

غـــير أنـــه يشـــترط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة بالـــنظام العـــام فـــى بلد الوفاء كما لو كانت بلد التنفيذ تمنع الوفاء بالذهب أو بعملة معينة .

كذلـــك يحكـــم قانون العقد الإبراء . فهو الى يتكفل ببيان ما إذا كانـــت إرادة الدائـــن وحدها تكفى للإبراء أم أنه يتعين لذلك إبرام اتفاق جديد .

ويحكم قانون العقد التقادم ، فهو الذى يحدد آثار التقادم ومدته وأثر الاتفاقات المعدلة لأحكامه ، وأسباب وقف المدة وانقطاعها .

أمـــا عن انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط ، فإنه يخضع لقانون موطـــن المدين ، وذلك باعتبار الدين منقولا معنويا يخضع لقانون موقعه وهو قانون موطن المدين الذى يبين شروط التقادم والتمسك به والتنازل عنه والاتفاق على مدة تخالف المدة المقررة به للسقوط، وانقطاعـــه ووقفـــه ، أمـــا الوفاء الذى يتم بعد اكتمال مدة التقادم،

فيخضـــع لقـــانون العقـــد الـــذى يـــتحدد بموجبه طبيعة هذا الوفاء وشروطه[١].

وفـــيما يـــتعلق بانقضـــاء الالتزام بالمقاصة يتعين التفرقة بين المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية .

فالمقاصـــة الاتفاقية ، تشكل عقدا جديدا مستقلا وتخضع بالتالى للقانون الخاص بهذا العقد ، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تحقق بينهما المقاصة .

كذلـــك تخرج المقاصة القضائية من مجال تطبيق قانون العقد ، وتخضع لقانون القاضى . باعتبار الأمر يتعلق بسلطة المحكمة فى التقصى فى الشروط اللازمة لوقوع المقاصة [٢].

أمـــا المقاصة القانونية ، فإن الأمر يدق بشأنها إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين .

وقد تعددت الآراء فى هذا الصدد .

فيرى البعض إخضاع المقاصة لقانون القاضى تأسيسا على أن المســـألة تـــتعلق بتنظيم الدفوع وفى مسألة إجراءات غير أنه يمكن الـــرد على ذلك بأن المقاصة باعتبارها من أسباب انقضاء الالتزام تتعلق بالموضوع وليس بالإجراءات .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٣ .

(٢) هشام صادق ص ٣٧٤ .

وذهب رأى ثان إلى تطبيق القانون الذى يحكم الالتزام الذى نشأ أخـيرا باعتـبار أن نشوء هذا الالتزام هو الذى يؤدى إلى تحقيق المقاصة .

غـير أن هـذا الـرأى يغفل أن المسألة تتعلق بالدرجة الأولى بانقضاء الالتزام الأول .

وذهـب رأى ثالـث إلـى تطبيق القانونين تطبيقا جامعا بحيث لاتـتحقق إلا إذا أجازهـا القانونان لأن المقاصة تؤدى إلى انقضاء الدينين لا دين واحد[1].

وذهـب رأى رابـع إلـى أنه إذا كان قانون القاضى هو أحد القانونيـن تعيـن تطبـيقه . فإذا كان القانونان أجنبيين تعين تطبيق القانون الذى تقرب أحكامه من أحكام قانون القاضى .

وذهـب رأى خامس إلى وجوب تطبيق قانون الدين الذى يدفع بانقضائه بالمقاصة باعتبار أنه الدين موضوع المطالبة [2].

وهذا الرأى هو ما نرى الأخذ به .

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٦٨ .

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٤ ومابعدها .

١٨٨ـ مجـال تطبـيق قاعـدة قانون العقد من حيث نوع العقد :

يـثور السؤال عما إذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة تسـرى بالنسـبة لجمـيع العقود أم أن ثمة عقود تخرج من مجال إعمالها .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يضم نصوصا (المواد ٤٢ – ٤٨) تـورد عدة استثناءات أخرى فوق الاستثناء الذى ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٩ من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وتبيـن القوانين الواجبة التطبيق على بعض العقود على وجه آمر، مثل إخضاع العقود التى تتم فى البورصات والأسواق العامة لقانون البلد الذى توجد فيه هذه البورصات والأسواق (م٤٣ من المشروع)، وكذلك بينت المادة ٤٤ من المشروع القانون الواجب التطبيق على العقـود الـتى يـبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمـالهم ومسـتخدميهم ، وهو القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقـود كـان القـانون المصـرى هو الواجب التطبيق . وقد حدا المشـروع التمهـيدى إلـى ذلك – على ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية – من أنه : " عرض المشروع فى هذه المواد من ٤٢-

٤٨ للقاعدة العامة في الالتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها ثم قرر في نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الآمرة في حدود معينة .

ويراعي بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار [1].

---

(١) وقد استطردت مذكرة المشروع التمهيدي قائلة : "ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقرارا في نطاق التشريع فقرر في المادة ٤٢ أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا مع مراعاة الأحكام المقررة في المادتين ٤٤، ٤٨ وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد- وهي وحدة لاتكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها- وقد استرشد المشرع فيه بالمادة ٧ من القانون الملحق بالتقنين المدني الياباني والمادة ١٥ من التقنين الإيطالي الجديد . فالأولى تقضي بأن القانون الذي يطبق في شأن وجود التصرف القانوني وما يترتب عليه من آثار هو القانون الذي يختاره المتعاقدان. والثانية تنص على أن الالتزامات التي تنشأ عن العقود يسري عليها قانون جنسية المتعاقدين إذا اتحدوا جنسية وإلا فقانون محل انعقاد العقد وهذا كله ما لم يتفق على خلافه .

ويلاحــظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لاتقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه. وقد قــرن المشــروع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين اختصاصا تشــريعيا آمرا بالنسبة لعقود معينة وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عــند عدم الاتفاق وبعض آخر يعين اختصاصا تشريعيا لمسائل تتعين بتنفيذ العقود .

٣- وقــد بذلــت الجمعــيات والمعــاهد العلمية جهودا موفقة لمسايرة الاتجاهات العلمية فلم تقنع بإقرار القاعدة العامة التى تقدمت الإشارة إليها ولكنها تناولت العقود الهامة وعينت لكل عقد منها الاختصاص التشريعى الذى يناسبه (معهد القانون الدولى فى اجتماعه فى فلورنسا سنة ١٩٠٨ ومشــروعات جمعية القانون الدولى الخاصة بالبيع وعقد العمل وإجارة الأشــخاص وقد أعدت فى اجتماعات فينا فى سنة ١٩٢٦ وفرسوفيا فى سنة ١٩٢٨ وأكسفورد فى سنة ١٩٣٢ ومشروعات المعاهدات الخاصة بالبيع التى أعدها مؤتمر لاهاى السادس) . وبذلك تسنى لها أن تؤثر فى حركة التشريع (أنظر اتفاقية مونتفيديو سنة ١٨٩٩ ومشروعات القوانين الــتى أعدت فى النمسا (١٩١٣) ورومانيا سنة ١٩٣٢ وتشيكوسلوفاكيا ســنة ١٩٢٤ والتشــريع الــبولونى الصــادر فــى سنة ١٩٢٦ وتقنين بوســتامنتى) بمــا أعــدت من مشروعات وقد وقف المشروع من هذه المشــروعات موقــف تحفــظ فلم ينقل عنها من القواعد إلا ما ثبت من ســلامة صلاحيته وهذه القواعد هى التى تقررت فى المواد التالية للمادة ٤٢ . (أنظــر فى الهامش المذكرة على صدر المادة ٤٤ وعلى الفقرة الأولــى من المادة ٤٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٢٨٧ ومابعدها).

وفــى لجنة المراجعة اقترح معالى السنهورى باشا حذف المواد المذكورة لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها فوافقت اللجنة [1].

ونعرض فيما يلى لبعض العقود .

١٨٩ـ أولاً : عقد العمل :

رأينا سلفا أن المادة ٤٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى كانت تقضى بإخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة إذا كانــت تجرى على أن : " يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب المصــانع والمــتاجر والمــزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمــول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال فإذا كــان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى هو الواجب التطبــيق " . وقد صدر القانون المدنى خلوا من هذا النص مما ينم عن رغبة المشرع فى ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء . غير أن محكمــة الــنقض المصرية أكدت فى أحد أحكامها الحديثة وجوب العمــل بقاعدة الإسناد السالفة الذكر بالرغم من حذف المشرع لها. فقضــت **بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ فــى الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق بأن :**

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٩٠ الهامش .

" يســرى على العقود التى يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومســتخدميهم القــانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هــذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسى فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق " وعلى ذلك فإن محكمة النقض تكون قد أقــرت بشــكل قــاطع إخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة وأخضعت هذه العقود لضابط إسناد مستمد من مركز إدارة العمــل الرئيســى . وهو ضابط مزدوج ، بمعنى أنه لو كان مركز إدارة العمل فى مصر خضع العقد للقانون المصرى وإن كان مركز إدارة العمــل فى دولة أجنبية خضع العقد لقانون هذه الدولة . غير أن القــانون المصرى يختص مع ذلك بحكم عقد العمل بالرغم من وجــود مركز الإدارة الرئيسى فى الخارج إذا كان عقد العمل قد تم إبرامه فى مصر عن طريق أحد الفروع (١).

ومركــز الأعمــال أو مركز الإدارة ، ينصرف إلى الشركة أو المنشــأة الفردية ، فإن وجد للمنشأة الفردية مقر لإدارة أعمالها كان هــذا مركز أعمال ، وقد يدل عليه ما اتخذ فى شأنه من إجراءات

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٦ ومابعدها- هشام صادق ص ٣٨٠.

الشهر والسجل التجارى، لكن هذه الإجراءات ليست شرطا لوجوده، إذ يكفى وجوده فى الواقع لسريان الأحكام المتقدمة .

فـــإذا لـــم يوجد مقر للمنشأة الفردية أو كان رب العمل شخصا طبيعيا ، تحدد مركز الأعمال بالمكان الذى يباشر فيه العمل المتعلق بـــالعقود التى أبرمها ، فرب العمل المصرى الذى يتعاقد فى مصر مـــع عمال لمقاولات البناء ، ويتوجه بهم إلى ليبيا للعمل بها ، فإن ليبيا تكون هى مركز أعمال للمقاولات ، ومن ثم تخضع هذه العقود للقـــانون الليـــبى ، كما يسرى ذات القانون على العقود التى يبرمها أثناء وجوده فى ليبيا .

وإذا وجـــد لـــرب العمل مقر فى مصر متعلق بنشاط آخر غير المقـــاولات ، فـــإن هـــذا المقـــر لايعتبر مركزا لأعماله المتعلقة بالمقـــاولات طالمـــا كـــان هذا المقر منبت الصلة بهذه الأعمال فلم يتردد عليه العمال ولم تبرم به عقودهم [١].

ويحكم القانون الذى يخضع له عقد العمل كافة الدعاوى الناشئة عـــنه كدعوى التعويض عن الفصل التعسفى ومكافأة نهاية الخدمة وبـــدل الإنـــذار وتقديـــر الأجـــر والعـــلاوة وبدل الميزات العينية والإجازات[٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٧ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ سالف الذكر بأن :

" وفقــا للمــادة ٢٨ مــن القانون المدنى لايجوز استبعاد أحكام القــانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للــنظام العــام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصــلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولايدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضــيل بينهما وكون القانون الوطنى أكثر فائدة – وإذ كان طرفا الــنزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما فى أمريكا والقانون الذى يحكم علاقــة العمل بينهما هو القانون الأمريكى واستبعد الحكم المطعون فــيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام العــام فى مصر وهو يقضى بحق العامل بمكافأة نهاية الخدمة وأنه لايجــوز تطبيق القانون الأمريكى على موضوع النزاع مادام ذلك القــانون كمــا هــو متفق عليه بين الطرفين لاينص على استحقاق العــامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو فى الطلبات الأخرى موضوع الدعــوى " وأنـــه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يخــتار أفضل النظامين " . فى حين أن فكرة النظام العام لاتتصل بالمقارنـــة الـــتى يعقدها قاضى الدعوى– ومن عنده بين القانونين

الوطـــنى والأجنبى وما يراه - هو- من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

والفقه الحديث يعيب على اتجاه محكمة النقض تجاهله لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية آمرة فى التشريعات الأجنبية تهدف إلى حمايـــة العمـــال كالقواعد الخاصة بتحديد الأجور وتحديد ساعات العمل والإجازة بأجر . وهذه القواعد تهدف الدولة إلى تطبيقها على كافـــة العمـــال داخـــل إقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمـــال أو انعقـــاد العقـــد . لذلك يرى فريق من الفقه المصرى إخضـــاع الجانـــب التنظيمى فى عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العمل نظرا لتعلق هذا الجانب بالأمن المدنى .

أما الجانب غير التنظيمى لعقد العمل فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للقاعدة العامة فى العقود. ويرى فريق آخر من الفقه المصرى الحديـــث تطبيق قانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل فى جميع الحـــالات ، أى ســـواء بالنسبة للجانب التنظيمى أو بالنسبة للجانب غير التنظيمى وسواء كان تنفيذ العمل فى مصر أم فى الخارج ، إذ من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل[1].

---

(١) راجع هشام صادق ص ٣٨١ ومابعدها- سامية صادق وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٧ ومابعدها .

وأضــاف بعــض أنصار الرأى الأخير أن الأخذ بهذه القاعدة لايحســم الأمر بالنسبة لعقود العمل التى يتم تنفيذها فى عدة دول. وقــد يقال بوجوب الأخذ فى هذه الحالة بقانون الدولة التى يتم فيها التنفــيذ بصــفة أساســية . أما إذا تم التنفيذ فى عدة دول على قدم المســاواة فإنه لا مفر فى هذه الحالة من تطبيق قانون مركز إدارة الأعمــال بغــض النظر عن مكان التنفيذ على النحو الذى قررته محكمة النقض المصرية فى حكمها السابق [١].

١٩٠- ثانـيا - المسئولية عن إصابات العمل فى النظم الخاصة بالتأمينات الاجتماعية :

الــتعويض عن إصابات العمل ليس مصدره عقد العمل ، وإنما مصــدره القانون . وهذا ما يستفاد من قضاء محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٢ فى الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٣٧ق [٢].

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٨ .

(٢) فقــد جــاء بــه : " إذا كان قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قــد نشــر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٩/٤/٧ وبدأ العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٥٩/٨/١ طبقا للمادة السابعة من مواد إصداره . فإنــه يفترض علم الكافة بهذا القانون من تاريخ نشره ، ولايقبل من أحد الاعــتذار بجهلــه لأحكامــه ، ولما كان يبين من الاطلاع على الحكم الابــتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قبول اعتذار المطعــون ضده بجهله بأحكام القانون السالف الذكر إلى أن حكم قانون

ويذهــب رأى إلــى إخضــاع المســئولية عن إصابات العمل وأمــراض المهــنة لقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ عقد العمل، باعتــبار أن العقد هو الأساس الحقيقى للالتزام بالتعويض فى هذه الحالــة. فالمسئولية عن إصابات العمل هى مسئولية عقدية تخضع لنفس القانون الذى يحكم عقد العمل .

ويــرفض رأى ثــان هــذا النظر لكون المسئولية عن إصابات العمل لاتستند إلى العقد وإنما هى ترتكن إلى نصوص القانون التى فرضــت على رب العمل التزاما بالتعويض مبناه فكرة المخاطر أو تحمــل التــبعة . وينتهى هذا الرأى بذلك إلى إسناد المسئولية من إصابات العمل لقانون مكان وقوع الحادث .

التأميــنات الاجتماعــية فى شأن سريان أحكامه على موظفى المكتب لم يكن جليا وإنما محل تأويل وتفسير مما لا يعتبر معه أن المطعون ضده قد تخلف عن الاشتراك لدى الهيئة الطاعنة على عمال المكتب وموظفيه، وكان هذا القدر الذى أسس عليه الحكم المطعون قضاءه لايقوم على سند من القانون إذ أن ادعاء المطعون ضدهم بعدم وضوح نص ذلك القانون فــى خصوص حالته لايمنع من انطباقه عليه من تاريخ العمل به إذا ما توفــرت شروطه إعمالا لما هو مقرر من أنه لايفترض فى أحد الجهل بالقانون، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

وعلـــى هــذا الـــنحو تقرب المسئولية عن إصابات العمل من المسئولية التقصيرية من حيث الحل الواجب الاتباع فى شأن تنازع القوانين .

بيــنما ذهــب رأى ثالث – نؤيده- إلى إخضاع المسئولية عن إصـــابات العمل لقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل [١]. فإن نفــد العمل فى مصر ، خضع التعويض لقانون التأمين سواء كان العـــامل مصريا أو أجنبيا إذ يلزم القانون أرباب الأعمال بالاشتراك الإجبارى عن عمالهم [٢].

١٩١- ثالثا : عقد القـرض :

قضـــت محكمـــة مصـــر الجزئية المختلطة فى ٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ بأنـــه : " إذا كان محرر السند تحت الإذن وحامله إيطاليين فلــيس لـــلأول أن يتمســـك ضد الثانى بالربا الفاحش طبقا للقانون المصـــرى وذلـــك لأن القـــانون الإيطـــالى ، وهو القانون الواجب التطبــيق فـــى هذه المسألة ، لايضع حدا أقصى للفائدة " ، وقد أقر بعـــض الفقهاء المصريين هذه الوجهة من النظر لأن " تحديد الربح أمـــر محلـــى يتعلق بالسياسة الاقتصادية المحلية وليس من الأمور الماســـة بالمـــبادئ العالمـــية التى تعتبر متصلة بالنظام العام بحيث

---

(١) هشام صادق ص ٣٨٩ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨ .

لايسـمح فيها بتطبيق قانون أجنبى يخالف تحديد القانون المحلى أو يكون خاليا عن التحديد [١].

بيـنما ذهب رأى آخر [٢]- نؤيده- إلى أنه يتعين على القاضى المصرى عدم تطبيق قانون الإرادة متى كانت مصر هى بلد الوفاء وكـان مـن شـأن تطبيقه مخالفة الحد الأقصى للفائدة فى القانون المصرى ، لأن هذا الحد إنما تقرر بمراعاة مقتضيات النظام العام، والأعمال التحضيرية للقانون المدنى تفيد هذا المعنى حيث جاء بها تعلـيقا علـى المادة ٢٢٧ " وجعل المشروع الحد الأقصى للفوائد الاتفاقـية وفوائد التأخير ٧% .... ويراعى أن هذا الحكم يحد من حـرية المتعاقديـن فى الاتفاق على شروط جزائية متى حدد سعر اتفاقى لفوائد التأخير ، نزولا على ما يقتضيه النظام العام "[٣].

١٩٢ـ رابعـا : عقد نقـل التكنولوجيا :

اسـتحدث المشرع لأول مرة فى التشريع المصرى وفى قانون الـتجارة الجديـد رقـم (١٧) لسـنة ١٩٩٩ تنظيما لعمليات نقل التكنولوجـيا، نظـرا لما للتكنولوجيا من أهمية بالغة فى العمليات الإنتاجية، ولما يعزى عمليات نقل التكنولوجيا على المستوى الدولى

---

(١) أبو هيف فى الدولى الخاص فقرة ٣٩٦ هامش (٢) .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٤٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٨٣.

اليوم من مشاكل قانونية بسبب تضارب مصالح أطراف هذه العمليات ، واختلاف موازين القوى بينها ، ولما لهذه العمليات من تأثير مباشر على الاقتصاد القومى .

وقد استهدف المشرع حماية المصالح الوطنية ، دون المساس بالمصالح المشروعة للطرف المورد للتكنولوجيا ، وبحيث يضمن فى الوقت نفسه للمستورد استيعابا حقيقيا للتكنولوجيا، يكون أداة لتطوير الاقتصاد الوطنى وتعظيم قدراته على المنافسة فى أسواق التجارة الدولية [١].

وقد عرفت المادة ٧٣ عقد نقل التكنولوجيا بأنه :

" **اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا)** بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها فى طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولايعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع . ولابيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطا به ".

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد – مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى شرح المادة (٧٢) .

فمحل عقد نقل التكنولوجيا هو نقل معارف فنية من المورد إلى المســتورد مما يستخدم فى إنتاج السلع أو الخدمات ، وسواء تعلقت هــذه المعلومـــات بما يعرف بتكنولوجيا المنتج ، أى المعرفة التى تســتهدف إنتاج معين ، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية ، أى التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج [١].

وقد نص القانون فى المادة ٧٢ على أنه :

"١- تســرى أحكــام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاســتخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقــع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا . ولاعبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم .

٢-كما تسرى أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر " .

وعلـــى هذا النحو ينطبق التنظيم الموضوعى المباشر لعقد نقل التكنولوجيا ، والذى تضمنته المواد (٧٤ – ٨٧) من قانون التجارة الجديــد، طالمـــا كانــت التكنولوجيا المنقولة بمقتضى العقد محلا للاســتخدام فى جمهورية مصر العربية ، وذلك بصرف النظر عن كون هذا النقل داخليا أو دوليا، أى تم عبر الحدود الإقليمية لمصر ، ولاعــبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم أو مكان إبرام العقد .

---

(١) مؤلفنا المشار إليه شرح المادة (٧٣) .

وقد حرصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ على تأكيد اختصاص المحـــاكم المصـــرية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد نقل التكنولوجـــيا المشـــار إلـــيه فـــى المادة ٧٢، أى التكنولوجيا محل الاســـتخدام فى مصر. كما أجاز النص لأطراف العقد أيضا الاتفاق علـــى تســـوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجرى فى مصر وفقا لأحكام القانون المصرى .

ويلـــتزم كـــل من القاضى المصرى أو المحكم ، وفقا للمبادئ العامـــة فـــى القـــانون الدولى الخاص ، بالتطبيق المباشر للأحكام الموضوعية التى تضمنتها نصوص المواد من ٧٢ – ٨٧ من قانون التجارة على موضوع النزاع المطروح دون حاجة للالتجاء لقواعد الإسناد.

على أن المشرع قد تصور احتمال الرجوع إلى قواعد الإسناد، بمـــا قد تؤدى إليه من تطبيق قانون أجنبى فيما لو كان العقد دوليا، فى شأن المسائل التى سكتت المواد ٧٢ وما بعدها عن تنظيمها.

وتجنـــبا لهذه النتيجة حرص على وضع قاعدة إسناد لمواجهته هذا الفرض تقضى بضرورة الرجوع فى شأن موضوع النزاع إلى أحكـــام القانون المصرى ، بل وإبطال كـــل اتفاق على خلاف ذلك (م٢/٨٧ من قانون التجارة الجديد) .

ومفـــاد هـــذا النص هو أنه يتعين خضوع موضوع النزاع فى حالتنا لأحكام القانون المصرى ، ولو تعلق الأمر بمسألة لم تتناولها المـــواد ٧٢ ومابعدهـــا من قانون التجارة الجديد بالتنظيم المباشر .

وهـــو ما يعنى الرجوع للمبادئ العامة فى القانون المصرى أيا كان مصـــدرها ، دون أن يكون من حق المتعاقدين الاتفاق على تطبيق قـــانون أجنـــبى عملا بقاعدة الإسناد العامة فى شأن العقود الدولية والمقررة فى المادة ١٩ مدنى [١].

١٩٣ـ الغـــش :

قـــد يلجـــأ المتعاقدان لعقد لايشتمل على عنصر أجنبى ويريدان الهـــرب من أحكام القانون الوطنى الآمرة ، إلى اصطناع العنصر الأجنـــبى فـــى العقد لإيجاد الصلة بينه وبين القانون الأجنبى الذى يختارانه ، كما لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض فيما بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالى وذلك لمجرد الهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد فى القانون المصرى .

ويجـــرى رجـــال الفقـــه الفرنسى على تطبيق فكرة الغش نحو القـــانون فـــى هـــذه الحالة ، لأن إعمال سلطان الإرادة فى اختيار القـــانون الذى يحكم العقد يجب ألا يكون صوريا ، بل جديا وأمينا. وهـــذا المعنى هو ما يعبر عنه القضاء الإنجليزى بقوله " إن اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب أن يكون " بحسن نية وشرعيا "[٢].

---

(١) هشام صادق ص ٣٩٢ ومابعدها .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٢٧ .

١٩٤ـ التصرف الوارد على العقار :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩ تنص على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا ، سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ثم أردفت المادة فى فقرتها الثانية على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار مما مفاده أن كافة التصرفات التى تتعلق بعقار تخضع لقانون موقع العقار ، سواء كان من شأنها ترتيب حق عينى أصلى كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق ، أو ترتيب هذا الحق فى الحال أو ترتيب مجرد التزامات أو حقوق شخصية ، كما يخضع شهر التصرف لذات القانون .

مـــادة (٢٠)

العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فـــيه ويجـــوز أن تخضـــع للقـــانون الـــذى يسرى على أحكامها الموضـــوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك .

الشـــــرح

١٩٥ـ المقصود بالعقود ما بين الأحياء :

المقصـــود بـــالعقود ما بين الأحياء ، كافة التصرفات القانونية، ولايخرج منها سوى الوصية وسائر التصرفات التى تضاف إلى ما بعد الموت [١].

١٩٦ـ معنى شكل التصرفات القانونية :

شـــكل التصرفات هو المظهر الخارجى للإرادة فمن المعلوم أن الإرادة هـــى قوام التصرفات القانونية فهى التى تتحرك نحو إنتاج أثر قانونى. غير أن الإرادة يجب إظهارها فى شكل ما حتى تصبح معطـــنة للكافـــة أو للغير على الأقل نظرا لما يترتب على ذلك من نـــتائج هامة كالإثبات وحجية التصرف القانونى بالنسبة للغير وغير ذلك .

---

(١) منكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٩٥.

فمـــن الـــلازم إذن أن نفـــرق دائما بين العملية القانونية وبين مظهـــرها الخارجي الذي يأخذ شكل الكتابة أحيانا أو الكتابة وبعض العناصـــر الخارجية ومن أمثلة ذلك ، إذا كان يجب أن يحرر العقد من أكثر من صورة أو يكون ثابت التاريخ أو يكون رسميا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مـــتى كـــان عقد البيع في القانون المدني المصري – على ما أفصـــحت عـــنه المـــادة ٤١٨ منه – عقدا رضائيا ، إذ لم يشترط القـــانون لانعقـــاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين وسواء كان في حقيقته بيعا أو يسترهبه، فإن الوكالة في البيع تكون بدورهـــا رضائية ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ مـــنه ، وبالـــتالي فـــإن الوكالـــة في البيع تخضع في شكلها الخارجي لقانون محل إبرامها " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

١٩٧- التمييـــز بـــين شـــكل التصـــرفات وبعض صور الأشكال الأخـــرى :

بجانـــب شكل التصرفات الذي أشرنا إليه في البند السابق وهو الـــذي يعنينا هنا ، توجد أشكال أخرى تخضع لقوانين غير القانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية ومنها ما يأتي :

١- الأشكال المكملة للأهلية :

يطلــق اصــطلاح الأشكال المكملة للأهلية على ما يلزم اتخاذه حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف الإرادى . كالإذن للقاصر بمزاولة التجارة والإذن للوصى بالتصرف فى مال القاصر تصرفا ناقلا للملكية أو مرتبا لحق عينى ، ومن أمثلتها فى بعــض التشــريعات ضرورة حصول الزوجة على إذن من زوجها للقــيام ببعض التصرفات أو الحصول على إذن من مجلس العائلة لنفس الغرض .

وهــذا يخضع وفقا لقواعد الإسناد فى القانون المصرى لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته .

٢- الأشكال المتعلقة بذات التصرف :

وتشمل الأشكال الجوهرية والتى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرســمية فى الرهن التأمينى (الرسمى) وفى هبه العقار فتخضع للقانون الذى يرجع إليه الفصل فى التصرف من حيث الموضوع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويــراعى أن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل وفقا لأحكــام الفقرتين المتقدمتين لايتناول إلا عناصر "الشكل" الخارجية أمــا الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فلا يسرى عليها إلا القانون

الـــذى يـــرجع إلـــيه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع... الخ"[١].

٣- الأشكال اللازمة للإشهار :

يراد بالأشكال اللازمة لإشهار التصرف الأوضاع التى يحددها القـــانون ويوجـــب مراعاتها لإعلام الغير بالتصرف والاحتجاج به علـــيه. والقانون يوجب مراعاة هذه الأشكال ليس بناء على اعتبار عملـــى يحقق مصلحة خاصة للمتعاقدين – هذا الاعتبار الذى تقوم عليه قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه – وإنما بناء علـــى اعتبار تحقق مصلحة عامة هى سلامة المعاملات مما يدخل فى نطاق الأمن المدنى .

ولذلك فإن هذا الشكل يخضع لقانون موقع العقار أو قانون العلم بالنسبة للسفن والطائرات ، أما غيرها من المنقولات فتخضع لقانون الموقـــع الفعلى ، وبالنسبة للحوالة ورهن الدين قانون موطن المدين باعتبار أن الدين منقول معنوى يحدد موقعه الفعلى بموطن المدين.

٤- الأشكال المتعلقة بالتنفيذ :

تشمل هذه الأشكال الإجراءات (المرافعات) والأحكام وطرق التنفـــيذ وتخضـــع لقـــانون المكان الذى ينفذ فيه التصرف وهو فى الغالب قانون القاضى [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٩٦ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠١ – المستشار أنور طلبه ص٤٧٢.

١٩٨ـ القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية :

تحديد القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية من الأهمية بمكـــان لاختلاف التشريعات فى تحديد العناصر الخارجية المظهرة لـــلإرادة والمعلـــنة لها ، فثمة تشريع يعتبر بعض العناصر متممة للأهلـــية وتشـــريع آخـــر يعتبرها متعلقة بالشكل الخارجى وثالث يعتـــبرها متعلقة بالعلانية وتشريع غير هذه جميعا يعتبرها ركنا من أركان العقد .

والمـــادة (٢٠) تحـــدد القانون الذى يخضع له شكل التصرفات القانونية طبقا لثلاثة قوانين هى :

١- قانون البلد الذى تمت فيه العقود . وهو الأصل .

٢- القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية .

٣- قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك.

والمقصـــود بقانون البلد الذى تمت فيه العقود، هو قانون الجهة الـــتى تمت فيها العقود بحيث إذا تمت وفقا لأحكام هذا القانون فإنه يكـــون صـــحيحا لا فـــى هـــذه الجهة فحسب بل وفى سائر الدول الأخرى أيضا .

غير أن نطاق هذه القاعدة ليس مطلقا وإنما يخضع لقيدين :

(القيد الأولى) بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات، إذ يجب أن تخضع للشـــكل المقـــرر فى قانون موقع هذه العقارات وبخاصة إذا كانت

ترمى إلى إنشاء حقوق عينية عليها أو نقل هذه الحقوق أو انقضائها، وهـذا القـيد يقـره غالبية الكتاب كما تنص عليه صراحة بعض التشريعات كالتشريع الألمانى والعراقى.

وهذا القيد يجب العمل به فى مصر بالرغم من عدم النص عليه وذلـك لاعتـبارات عملية ونظرية فى آن واحد . فالعقود الخاصة بإنشاء حقوقِ عينية على عقارات فى مصر أو نقلها ... الخ ، يجب تسـجيلها عمـلا بقانون الشهر العقارى ومن ثم فيجب أن تتم وفقا للشكل المقرر فى مصر ، ومن ناحية أخرى فإن إعمال قانون موقع العقـار بالنسـبة لشكل هذه العقود من شأنه أن يحقق ما هدف إليه المشرع المصرى من وحدة القانون الذى يطبق على هذه العقود. إذ أن هذا القانون نفسه هو الذى يحكمها من حيث الصحة والآثار وقد نص على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون المدنـى المصـرى إذ تقول " ... إن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار " وأكثر من ذلك فقـد كـان هـذا القيد منصوصا عليه صراحة فى مشروع القانون المدنى لولا أنه رؤى فى لجنة المراجعة حذف النص الذى يتضمنه " لعـدم الحاجـة إليه " [١]. فقد جاء فى المادة ٣/٥١ (وهى المادة التى أصبحت برقم ٢٠ فى القانون) ما نصه " على أنه إذا كانت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٩٧ .

العقــود الــتى مــن شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاؤها واجــبا إشــهارها فيراعى فى شكلها وفى إجراءات إشهارها قانون البلد الذى تقع فيه الأشياء التى تترتب عليها تلك الحقوق " .

وقــد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص أن المشــروع قــد أورد استثناء " يتعلق بالعقود التى يكون من شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاؤها ويكون من الواجب شهرها وهــذه يــراعى فى شكلها وفى إجراءات شهرها قانون موقع المال الذى يرد عليه الحق العينى (فقرة ٣) وقد توسط المشروع فى هذا الــنص بيــن أحكــام المادة ١١ من قانون إصدار التقنين الألمانى والمــادة ١٦ مــن التقنيــن الإيطالى الجديد ولم يخضع لحكمه إلا التصــرفات المرتبة لالتزام بإنشاء حق عينى أو نقله أو تغييره أو زواله على أن تكون هذه التصرفات مما يجب شهره " [١].

(القــيد الــثانى) أنه لامحل للتمسك بهذه القاعدة إذا كان الشكل مخالفا للنظام العام فى مصر . أو إذا تبين أن إعمال هذه القاعدة قد تحقق على سبيل الغش نحو القانون[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٢٩٧ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠٥ ومابعدها .

١٩٩ـ حق المتعاقدين فى اختيار أى من القوانين المنصوص عليها بالمادة :

مؤدى نص المادة ٢٠ أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة ، إلا أنه للمتعاقدين اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها ، وهى القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية وقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه . فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلغراد عملا بالمادة ١٤/٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤- واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبيتين اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعترض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن

هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)

٢- " مؤدى نص المادة ٢٠ من القانون المدنى أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة ، على أن للمتعاقدين اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها ، واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لايتناول- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلا عناصر الشكل الخارجية ، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى. فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه ، ومن ثم فإن الشكلية التى تقضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل إبرامه وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

٣- " أشكال العقود والتصرفات – وعلى ما يجرى به قضاء النقض – يخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه ، لما كان ذلك فإنه

لاوجـــه للتنزع بشأن عقد الوكالة الصادر فى قبرص بأحكام قانون الشهر العقارى المصرى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦" .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

٢- " مـــتى كـــان البيـــن من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعـــون عليها الأولى أنه تم فى قبرص وحرر باللغة الإنجليزية وقـــد صـــدقت السلطات الرسمية المختصة بلارنكا بجزيرة قبرص على توقيعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهـــرة ثـــم تـــبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصـــلية فى ٥ يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة فى إســـباغ صفة الوكالة للمحامى الحاضر عن المطعون عليها الأولى، لايغـــير مـــن ذلـــك أنـــه جاء خلوا من تصديق القنصل المصرى بجمهوريـــة قـــبرص وفق المادة ١٤/٦٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماســـى والقنصلى رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ ، لأن ما يجرى به هـــذا الـــنص وإن خـــول اختصاصا لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصـــرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصـــادرة مـــن ســـلطات البلاد التى يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغـــرض مـــنها الاحـــتجاج بهـــا أمام السلطات المصرية ، إلا أنه لايرتـــب - أو أى نـــص آخـــر - جـــزاء على تخلفه طالما كانت التوقـــيعات مصـــدقا عليها من السلطة المختصة فى جهة إصدارها

ومصـــدقا أيضـــا على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذى يضمن سلامة الإجراءات ، خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلا على أن الشكل الـــذى أفرغ فيه التوكيل موضوع النعى هو غير الشكل المحلى فى مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص ".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

٢٠٠ـ اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف :

راجع بند (١٤٢) .

٢٠١ـ خضوع إثبات التصرف لقانون الشكل :

إثبات التصرف القانونى يخضع للقانون الذى يحكم شكله ، فإن تطلـــب هـــذا القـــانون الكتابة للإثبات بينما كان قانون القاضى أو القـــانون الـــذى يحكـــم الموضوع لا يتطلبها ، تعين الأخذ بالأول والعكس صحيح.

ويخضـــع لذلـــك الطرق المقررة فى الإثبات وطبيعتها وشروط التمســـك بها والدفوع المتعلقة بها وقوة الدليل المستمد منها ، ويقع عـــبء إثـــبات هذه الأحكام على عاتق من يتمسك بها باعتبار أن القانون الأجنبى من الوقائع الواجبة الإثبات[١] .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المحــــررات الرســـمية التى تقوم بتوثيقها الجهات القنصلية فى مصر وفقا لقوانين الدول التى تتبعها تلك الجهات ، تعتبر محررات رســـمية أجنبـــية فيكون لها بهذه المثابة حجيتها فى الإثبات ولكنها لاتتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

مـــادة (٢١)

١- يســـرى علـــى الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .

٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لاتسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكـــون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه " .

الشـــــرح

٢٠٢ـ المقصود بالالتزامات غير التعاقديـة :

المقصـــود بالالـــتزامات غير التعاقدية التى يسرى عليها قانون الـــبلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام التى تتناولها المادة ، هو الالتزامات التى تنشأ عن الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) وعن الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) . فهى لاتمتد إلى الالتزامات التى يكـــون مصدرها الإرادة المنفردة ، إذ يخضع الالتزام الناشئ عنها لقانون هذه الإرادة .

كمـــا لاتمـــتد إلى الالتزامات التى يكون مصدرها المباشر هو القانون، حيث تخضع الالتزامات التى تنشأ عنه وحده، مباشرة إلى النصوص القانونية التى أنشأتها .

وتخـــتلف هذه النصوص باختلاف الأحوال، فقد تكون نصوص قـــانون موقع المال إذا تعلق الأمر بالتزامات الجوار التى يفرضها القانون فرضا دون دخل لإرادة الأفراد ، وقد تكون نصوص قانون الجنســية إذا تعلــق الأمــر مثلا بالتزامات النفقة بين الأقارب أو التزامات الأوصياء والوكلاء .

وقـــد تكون القانون الذى يحكم آثار الزواج إذا كانت النفقة نفقة زوجته [1].

وهـــذا المعـــنى واضح تماما فى مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" وتنحصر القاعدة العامة فى خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجـــه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذى وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام .

ولا تدخـــل الالـــتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة فى نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذى يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطا معينا أو قاعدة عامة "[2].

---

(١) جابـــر جاد عبد الرحمن ص ٤٨٩ ومابعدها – المستشار الدكتور محمد شتا ص ٢٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠٠ ومابعدها .

وتحديـــد ما إذا كانت المسئولية محل النزاع هى مسئولية عقدية تخضع لقانون العقد (م١٩ مدنى) أم مسئولية تقصيرية ينطبق فى شـــأنها القانون المحلى (م٢١مدنى) هى مسألة تكييف أولى يتوقف علـــى الفصـــل فيها تحديد القانون الواجب التطبيق ، ومن ثم فهى تخضع بهذا الوصف لقانون القاضى (القانون المصرى) وفقا للمادة العاشرة من القانون المدنى .

ويشـــير الفقـــه إلـــى أن المسئولية المترتبة على رفض التعاقد المقترن بخطأ تقصيرى هى مسئولية تقصيرية وليست عقدية [(١)].

٢٠٣ـ قانون الإسناد (القانون المحلى) :

يســـرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام أى القانون المحلى .

وتطبـــيق القـــانون المحلى هنا أمر طبيعى ، فليس فى الإمكان تركـــيز العلاقات القانونية فى هذا الخصوص لابحسب موضوعها بحيـــث يمكـــن إخضاعها للقانون الإقليمى إذ أن هذا الموضوع هو حـــق دائنـــيه ، والديـــون تفـــترق عن الأموال المادية ، ولابحسب أطـــرافها لأنهـــا علاقات تتصل بأمور مالية ولاتتعلق بالأفراد إلا بطريقة غير مباشرة وعبر تصرفاتهم وأفعالهم ، ولذلك يجب أن يتم تركـــيزها بحسب سببها المنشئ أى الحادثة القانونية التى تولدها أو

---

(١) هشام صادق ص ٤٣٣ .

بعبارة أخرى الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب . ومن ناحية أخرى فـــإن التشريعات الصادرة فى هذا الخصوص إنما تهدف إلى تحقيق نـــوع مـــن التوازن بين حقوق طرفى العلاقة ، ومن ثم فلكى تحقق غايـــتها يجـــب أن تســـرى علـــى كافة الحوادث التى حصلت فى أرجائهـــا بصرف النظر عن جنسيتهما أو موطنهما وعن المحكمة الـــتى رفعـــت أمامها الدعوى ، يضاف إلى هذا وذاك أن كلا من الخطأ فى حالة المسئولية التقصيرية والجزاء الذى يرتبه القانون فى حالـــة الإثراء دون سبب له جانبه أو طابعه المعنوى أو الأدبى . ولذلـــك فإن تقدير هذا أو ذاك يجب أن يتم وفقا لظروف البيئة التى حـــدث فـــيها الفعل أو تم فيها العمل. وفى النهاية فإذا كانت الدولة لاتتمـــتع فـــى الوقـــت الحاضر بحرية رد الأجانب عن بلادها أو إبعـــادهم منها بلا قيد ولاشرط ، بل تلتزم على العكس بفتح أبواب الحـــياة المدنية أمامهم ، وتعمل كما تعمل بالنسبة للوطنيين ، على تأمين إقامتهم وترتيب المسئولية المدنية على الأعمال التى تصيبهم ، فـــإن لها فى نظير ذلك ، وحتى تستطيع القيام بالتزاماتها السالفة أن تطـــبق عليهم الأنظمة والقواعد القانونية المختلفة التى وضعتها فى هذا الصدد [١].

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٩٠ ومابعدها .

٢٠٤ـ نطاق القانون المحلى :

يحكم قانون محل وقوع الفعل أركان المسئولية كما يحكم آثار هذه المسئولية .

فهو يفصل فى أركان المسئولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية المتعاقد ، كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسئولية ومداها .

ففى مسئولية الشخص عن عمله يرجع إلى القانون المحلى فى بيان أركان هذه المسئولية ، فيرجع إليه فى تحديد فكرة الخطأ ومعرفة ما إذا كان الإدراك وأهلية المساءلة عن الفعل الضار ركنا فيه أم لا .

وإخضاع أهلية المساءلة عن الفعل الضار المحلى لايعتبر خروجا على قاعدة إخضاع الأهلية للقانون الشخصى ، وذلك لأن أهلية المساءلة عن الفعل الضار ليست فى الحقيقة من الأهلية (بمعنى صلاحية الشخص لمباشرة التصرف الإرادى) فى شئ ، بل هى عبارة عن مجرد عنصر من عناصر المسئولية التقصيرية وهى تتحدد فى القانون المصرى بالتمييز[١] .

وكذلك تحديد معنى الضرر وأنواعه ، وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٥١٢ وهامش (١) .

وتخضع المسئولية أيا كانت صورتها ، من حيث آثارها للقانون المحلى كذلك ، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلتزم بــه (طــرفا دعــوى المســئولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المســئولين عن التعويض ، ما إذا كانت مسئوليتهم بغير تضامن أم أم بالتضامن أو مسئولية مجتمعة .

ويــرجع إلى هذا القانون أيضا فى بيان جزاء المسئولية وهو الــتعويض ، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره ، وهل يكون بالتنفــيذ العيــنى أم يكــون تعويضا نقديا أو غير نقدى . وإذا كان تعويضــا نقديا فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطا أم فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة ، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره [١].

علــى أن بعض التشريعات يضع على جزاء المسئولية قيدا من قانون القاضى فى حدود مختلفة ، ومثله ما جاء فى القانون اليابانى (م١١ من القانون الملحق بالتقنين المدنى) من أنه يجوز للمضرور مــن عمل غير مشروع وقع فى الخارج أن يطالب بالتعويض عما لحقــه حسب ما هو مقرر فى القانون اليابانى، وما جاء فى القانون الألمــانى (م١٢ من قانون إصدار التقنين المدنى) من أنه لايجوز

---

(١) ســامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٧ ومابعدها – عز الدين عبد الله ص ٥١١ ومابعدها .

مطالـــبة الألمانى عن عمل غير مشروع ارتكبه فى الخارج بأكثر من الحقوق المقررة فى القانون الألمانى .

وقـــد لاحظ المشرع المصرى حكم هذين القانونين ونقل عنهما حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من المشروع والتى جاء بها : "أما إذا كانـــت هذه الوقائع التى حدثت فى الخارج تعتبر غير مشروعة فـــى مصـــر فليس للمصاب مع ذلك أن يطالب بتعويض أكبر مما يخوله إياه القانون المصرى فى مثل هذه الحالة " ، وجـــاء بمذكرة المشـــروع التمهـــيدى تعليلا لهذه الفقرة أنه : " لأن مدى التعويض عـــن الأفعـــال غير المشروعة يتعلق بالنظام العام "[1]، وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة لأنها "تقرر أحكاما تفصيلية[2] " .

ويـــرى الفقـــه أن المشرع أحسن صنعا بهذا الحذف لأن تقدير مـــدى التعويض ليس من النظام العام فى شئ والراجح فقها وقضاء فـــى بـــلاد القـــارة الأوربـــية وفى الولايات المتحدة الأمريكية هو إخضـــاع الحق فى التعويض وطريقة وكيفية تقديره للقانون المحلى دون قانون القاضى .

كذلـــك يخـــتص القانون المحلى بحكم أركان الإثراء بلا سبب وآثاره ، فهو الذى يبين معنى الإثراء ومعنى الافتقار ومعنى انعدام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠٠ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠١ .

السـبب . كذلـك يـرجع إلى القانون المحلى لبيان أحكام الإثراء وخاصـة مقدار التعويض : هل هو قيمة الإثراء أم قيمة الافتقار أم أقـل القيمتين . كذلك يبين القانون المحلى شروط رد ما دفع بغير حق وما يجب رده .

كمـا يبيـن أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولى ورب العمل ونطاق كل منهما وأحكامه [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعـد أن بسـط المشـروع أحكـام الالتزامات التعاقدية فى النصـوص المتقدمة عرض فى المادتين ٤٩، ٥٠ للالتزامات غير التعاقدية فضمن الأول القاعدة العامة وخص الثانية بتفاصيل تتعلق بـالفعل الضـار ..... ويخـتص هـذا القانون بالفصل فى أركان المسئولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافـر أهلية التعاقد له كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسئولية ومداهـا ولا تدخـل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة ..... الخ " [(٢)].

---

(١) هشـام صـادق ص ٤٦١ ومابعدهـا – سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٠٠ .

٢٠٥ ـ المسئولية عن عمل الغير :

فى مسئولية الشخص عن عمل غيره ، يبين القانون المحلى ما إذا كانت هذه المسئولية تقوم على الخطأ أم تقوم بدونه ، وإذا كانت تقوم على الخطأ فهل هو خطأ مفروض يقبل إثبات العكس أم خطأ مفروض لايقبل إثبات العكس .

وتخضـــع المسئولية أيا كانت صورتها ، من حيث آثارها كذلك للقـــانون المحلـــى ، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلـــتزم به (طرفا دعوى المسئولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المســـئولين عن التعويض ، ما إذا كانت مسئوليتهم بغير تضامن أم بالتضـــامن أم مســـئولية مجتمعة ويرجع إلى هذا القانون أيضا فى بـــيان جزاء المسئولية وهو التعويض ، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره ، وهل يكون بالتنفيذ العينى أم يكون تعويضا نقديا أم غير نقدى ، وإذا كان تعويضا نقديا فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطا فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة ، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره .

٢٠٦ـ الفعل الضار غير مشروع فى مصر :

تـــنص الفقـــرة الثانـــية مـــن المادة (٢١) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لاتسرى أحكام الفقرة السابقة

على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه .

ومفـــاد ذلـــك أنه يشترط لتطبيق القانون فى مصر على واقعة حدثت بالخارج أن تكون هذه الواقعة غير مشروعة فى مصر ، فإن كانـــت الواقعـــة غـــير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه ، ولكنها مشـــروعة فى مصر ، فإن المسئولية المدنية والجنائية تنقضى عن مرتكب الفعل ، لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفى هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتورد المادة استثناءين يتعلقان بالمسئولية عن الأفعال الضارة فتـــنص فى الفقرة الأولى على أن أحكام المادة السابقة لاتسرى فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن هذه الأفعال على الوقائع التى تحدث فـــى الخـــارج والـــتى تكـــون مشروعة فى مصر وإن عدت غير مشـــروعة فى البلد الذى وقعت فيه لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعـــة مـــن الوقائع أو نفى هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام" [٢].

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠١ .

وإذ جـــاء نـــص الفقرة الثانية من المادة ٢١ خلوا من استثناء بالنسبة للفعل النافع ، فإنه يتعين الرجوع فى هذا الصدد إلى القواعد العامة المقررة فى القنون الدولى الخاص ، فإن كان هناك دفع لغير المستحق ، وكان القانون الأجنبى الواجب التطبيق لايجيز الرد بينما يجيزه قانون القاضى ، تعين على القاضى استبعاد القانون الأجنبى وتطبـــيق قانونــــه اســـتنادا للدفـــع بالنظام العام والدفع بالمصلحة الوطنية[1].

٢٠٧ـ استبعاد القانون الأجنبى إذا خـالف النظام العام :

لايعمـــل بقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ إذا كانت مخالفة للنظام العام ، بمعنى أن القانون الأجنبى لايطـــبق إذا كـــان مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام فى مصر ، وذلـــك عمـــلا بالمادة ٢٨ مدنى التى تقضى بأنه : "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر" .

وتطبـــيقا لذلك قضت محكمة النقض باستبعاد القانون الإيرانى الواجـــب التطبيق بوصفه قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام نظـــرا لأن أحكامه لاتجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية عما يسند إلـــيها من أعمال غير مشروعة لتعلق هذه المسألة بالأصول العامة

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٨٧ .

الــتى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ولكونها بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

إذ جــرى قضــاؤها فى الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ١٩٦٤/٦/٢٥ على أن :

" تنص المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه " لايجوز تطبيق أحكــام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر " ومؤدى ذلك نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعــية أو السياســية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يــتعلق بالمصــلحة العليا للمجتمع . وإذ كان الاعتراف بالأشخاص الاعتــبارية وتقريــر مساءلتها مدنيا عما يسند إليها من أعمال غير مشــروعة يعتــبر مــن الأصــول العامــة التى يقوم عليها النظام الاجــتماعى والاقتصــادى فــى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل المــتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم المطعــون فــيه إذا اســتبعد القانون الإيرانى وطبق أحكام القانون المصــرى لما تبينه من أن القانون الأول لايجيز مساءلة الشخص الاعتــبارى عن الفعل الضار فإنه لايكون مخالفا للقانون ، ولايقدح فــى صــحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على قاعدة الإسناد المنصــوص عليها فى المادة ٢١ من القانون المدنى من أن القانون

الأجنـبى يختص بالفصل فى أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القـانون الأجنبى يمتنع تطبيقه عملا بالمادة ٢٨ مدنى كلما كان حكمـه فـى شأن المسئولية أو فى شأن شرط من شروطها مخالفا للنظام العام " .

كذلـك حكمت محكمة النقض باستبعاد القانون الأجنبى إذا كان لايعـرف القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة إذ يهدف المشرع من تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة إلى سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر .

فقضت فى الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق بتاريخ ١٩٦٧/١١/٧ بأن :

١-(أ)- " تنص المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه: "لايجوز **تطبـيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكـام مخالفـة للنظام العام أو للآداب فى مصر " . ومؤدى هذا النص- على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعـية أو السياسـية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع " .**

(ب)- "تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة- وعلـــى ماجـــرى بـــه قضــــاء محكمة النقض - على أساس الخطأ المفـــترض مـــن جانب المتبوع كتقصيره فى مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء علـــى عمـــل غير مشروع ، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدنـــى هو عدم جواز الاتفاق سلفا على الإعفاء من المسئولية عن العمـــل غير المشروع . فإذا كان هدف المشرع فى تقدير مسئولية المتـــبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات فى المجـــتمع ممـــا يعـــد مـــن الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لايكون قـــد خـــالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمـــال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ من القانون المدنى ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القـــانون الفلســـطينى الذى لاتعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصرى فى هذا الخصوص " .

٢٠٨ـ تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل أو القانون المحلى فى بعض الحالات :

قد يدق الأمر فى بعض الحالات فى تحديد محل وقوع الفعل أو القانون المحلى ، ونعرض لذلك فيما يأتى :

١- تفرق عناصر الواقعة القانونية فى أكثر من دولة :

قــد تــتفرق عناصر الواقعة القانونية ولاتقع جميعها فى نفس الدولة فى أحد فرضين :

(الفــرض الأول) هــو أن تكــون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعــة بيــن عدة دول ، كما لو كان الفعل الضار حادث نتج عن أفعال تم ارتكابها فى أكثر من دولة .

وقــد ذهــب واضــعو المجموعــة الأمريكــية المعروفة باسم Restatement إلــى وجوب الاعتداد فى هذه الحالة بالمكان الذى تحققــت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعــة تمــثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو الالتزام من الناحية الزمنية .

غــير أن الفقــه الفرنسى يرى وجوب الاعتداد فى تحديد محل وقــوع الفعل بالمكان الذى تحققت فيه الواقعة الرئيسية التى ترتب عليها الضرر [١].

وهو ما نرى الأخذ به .

(الفرض الثانى) هو أن يقع الخطأ فى دولة ويتحقق الضرر فى دولــة أخــرى . ومثال ذلك القيام بتقليد إحدى المنتجات فى دولة لعرضها فى أسواق دولة أخرى . والقيام بالتشهير بشخص فى دولة

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٠ ومابعدها .

فيترتب على ذلك الإضرار بسمعته فى دولة أخرى . أو بأن يضع شخص قنبلة زمنية فى طائرة ثم تنفجر فى دولة أخرى .

ويـثور التسـاؤل فـى مثل هذه الفروض عن القانون الواجب التطبيق على المسئولية المترتبة على الفعل الضار . هل هو قانون الدولـة التى وقع فيها الخطأ ، أم الدولة التى تحقق فيها الضرر. إذ لـم يقطع المشرع المصرى فى المادة ٢١ السالفة الذكر برأى دون آخر فى هذه المشكلة إذ نص على الاعتداد بقانون " البلد الذى وقع فـيه الفعـل المنشئ للالتزام " ومن المعلوم أن الالتزام لا ينشأ إلا بتوافر عنصرى الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما .

وقـد أكـدت مذكـرة المشروع التمهيدى هذا المعنى بقولها : "ويـراعى أن المشـروع لم يتعرض لحسم الخلاف المستحكم فى الفقـه فـيما يـتعلق بتعيين " البلد الذى وقعت فيه الحادثة المنشئة للالـتزام " عند تعدد عناصر هذه الحادثة بل ترك كل ذلك لاجتهاد القضاء".

ويـرى فريق من الفقه المصرى وجوب الاعتداد بمكان وقوع الخطـأ ذلـك أنه مهما قيل من أن عناصر المسئولية لاتتكامل إلا بوقوع الضرر ، فمما لاشك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسى الذى تقـوم علـيه المسئولية وما الضرر إلا نتيجة له . وعلى ذلك فإن

قانون محل وقوع الخطأ هو الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسئولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء [(١)].

ويرى فريق آخر أن العبرة بمكان تحقق الضرر ذلك أنه بالنظر إلى الهدف من نظام المسئولية نجد أن هذا النظام لايهدف إلى توقيع الجزاء على الخطأ بل إلى تعويض الضرر وهو ما يرجح الاعتداء بقـانون محـل وقـوع الضـرر . ففى هذا المكان تحقق الإخلال بالمصـالح التى يرمى القانون إلى حمايتها فضلا عن أن المسئولية لا تنشـأ إلا عند ترتيب الضرر وإن كان من اللازم أن يتسبب هذا الضـرر عـن خطـأ . ولايكفى الخطأ فى ذاته لوصف الفعل بأنه منشـئ للالـتزام . ويؤكد هذا المعنى ذلك التزايد المستمر لصور المسـئولية التى قد يضعف إقامتها على فكرة الخطأ وفقا لمفهومها التقلـيدى مـثل المسـئولية عن نقل الغير وعن الأشياء . ففى هذه الصور يعتبر الضرر لاشك هو العنصر الجوهرى فى المسئولية[(٢)].

ويذهب فريق ثالث إلى أنه يجب الاعتداد بكل من عنصر الخطأ مـن جهـة والضـرر من جهة أخرى أما التركيز على أحد هذين

---

(١) عـز الدين عبد الله ص ٥٠٥ وما بعدها - جـابر جـاد عبد الرحمن ص ٤٩٥ ومابعدها .

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٣ ومابعدها .

العنصـــرين دون الآخـــر فهـــو يتضـــمن تجاهلا للطبيعة الخاصة للمسئولية التقصيرية .

ويســـتوجب هذا الرأى اختيار المضرور أى القانونين أصلح له فـــى تقرير التعويض ، إلا أنه يجب الرجوع إلى قانون محل الفعل الـــذى ترتـــب علـــيه الضرر للفصل فى مسألة محددة ، هى مدى مشروعية هذا الفعل وما إذا كان يستوجب المسئولية من عدمه(١).

والرأى الأول هو ما نرى الأخذ به .

٢٠٩ـ وقـــوع الفعـــل فى إقليم لايخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة :

قد يقع الفعل فى إقليم لايخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة فى عرض البحر أو وقع فى شكل تصادم بيـــن سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى الذى يعلو أعالى البحار .

فبالنســـبة للتصـــادم الـــبحرى ذهب رأى إلى إخضاعه لقانون السفينة التى ارتكبت الخطأ وسببت الحادث .

وذهب رأى ثان إلى تطبيق قانون السفينة التى لحقها الضرر .

بينما ذهب رأى ثالث إلى أن للمضرور أن يختار ما بين هذين القانونين .

---

(١) هشام صادق ص ٤١٦ ومابعدها .

وذهــب فــريق رابــع إلى أن المسئولية لاتقوم إلا إذا توافرت عناصرها وفقا للقانونين معا .

أمــا الرأى الراجح فيذهب إلى تطبيق قانون القاضى ، لأن هذا القــانون هو صاحب الاختصاص الطبيعى فى الأحوال التى يتعذر فيها إعمال ضابط الإسناد .

ولايســتثنى من ذلك سوى الحالة التى يكون التصادم فيها واقعا بيــن سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى العام وينتمى فيها كل من السفينتين أو الطائرتين إلى دولة واحدة ، لأن قــانون هــذه الدولة يكون فى هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم المسئولية المترتبة على التصادم (١).

غــير أنه تجب الإشارة إلى أنه إذا وجدت معاهدة دولية لتنظيم هــذه المسألة ، فإنه يجب تطبيق أحكام هذه المعاهدة كما هو الشأن مــثلا بالنسبة لمعاهدة بروكسل المبرمة عام ١٩١٠ فى شأن بعض القواعــد المــتعلقة بالتصــادم الــبحرى والتى وافقت عليها مصر بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٤١ وأصدرتها بمرسوم ٣١ يناير ١٩٤٤.

أمــا الحوادث التى تقع على ظهر السفينة فى عرض البحر أو علــى الطائرة فى الفضاء غير التابع لإقليم دولة ما . فيسرى عليها

---

(١) عــز الدين عبد الله ص ٥٠٩ ومابعدها – سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٦– هشام صادق ص ٤٢٨ .

وفقـا للـرأى الغالب قانون العلم ، وذلك أخذا بالفكرة التقليدية التى تقضـى باعتبار السفينة أو الطائرة جزءا من إقليم الدولة التى ترفع علمها (١).

أمـا لو وقع الحادث على ظهر سفينة فى المياه الإقليمية لدولة معينة أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوى لدولة من الدول فـإن الفقـه الغالـب يتجه إلى تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلى .

ويفضـل فـريق مـن الفقه الحديث تطبيق قانون العلم فى هذه الحالـة كذلـك نظـرا لصعوبة تحديد ما إذا كانت الواقعة المنشئة للالـتزام قـد وقعت فعلا فى المياه الإقليمية أو فى البحر العام أو وقعـت فـى الفضاء الجوى للدولة أو خارجه . هذا فضلا عن أن قانون العلم هو القانون الذى يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قـائد الطائرة ، أو هو على الأقل القانون الذى يعلموه أكثر من علمهم بقوانين الدولة المختلفة التى تمر بها كل من السفينة والطائرة بصفة عابرة .

كذلـك قـد يحدث فى مجال الإثراء بلا سبب أن يختلف مكان الإثراء عن مكان الافتقار .

---

(١) ساميـة راشد وفؤاد عبد المنعم ريـاض ص ٤١٦ – عز الدين عبد الله ص ٥١٠ .

وفـــى هـــذه الحالة يرجح الفقه الاعتداد بالمكان الذى تحقق فيه الإثراء . ذلك أن الإثراء هو النتيجة الإيجابية وهو بهذه المثابة أكثر ظهورا إلى العالم الخارجى من الافتقار . هذا فضلا عن أن الإثراء هو الأساس القانونى للالتزام فى هذا الفرض(١).

وعلـــى ذلـــك فالقـــانون المختص بحكم دفع غير المستحق – بوصـــفه من تطبيقات الإثراء بلا سبب – هو قانون المكان الذى تم فيه الدفع .

أمـــا بالنســـبة للفضـــالة – وهى تطبيق آخر من تطبيقات فكرة الإثـــراء بـــلا ســـبب – فإن القانون الواجب التطبيق فى شأنها هو المكان الذى تولى فيه الفضولى شئون رب العمل (٢).

---

(١) ســـامية راشـــد وفـــؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٤ ومابعدها – هشام صادق ٤٢١ .

(٢) هشام صادق ص ٤٢١ .

مــادة (٢٢)

يســرى علــى قواعــد الاختصــاص وجميع المسائل الخاصة بالإجــراءات قــانون الــبلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات .

الشــرح

٢١٠ـ المقصود بقواعد الاختصاص :

تنصرف عبارة " قواعد الاختصاص " إلى الاختصاص الولائى والنوعى والمكانى والشخصى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويلاحظ أن تعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعى والمكانى والشخصى... الخ "[١].

٢١١ـ سـريان قـانون الـبلد الـذى تقـام فيه الدعوى على قواعد الاختصاص :

يســرى علــى قواعــد الاختصـــاص قانون البلد الذى تقام فيه الدعــوى، فهــو الــذى يحدد قواعد الاختصاص الولائى والنوعى والقيمى والمحلى والشخصى . وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظــائف الدولــة يؤديها وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها دون قواعد المرافعات فى أى دولة أخرى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٠٤ .

ومـــن ثم فإن الدعوى عندما تعرض على المحكمة وجب عليها تحديــد الجهـــة ذات الولاية التى تختص بنظرها ، فقد تكون جهة القضـــاء العادى ، وقد تكون جهة القضاء الإدارى وقد تكون جهة إدارية ذات اختصاص قضائى ، فإن رفع النزاع لجهة لا ولاية لها، تعيــن القضـــاء بعـــدم الاختصـــاص ولـــو لم يبد دفع بذلك لتعلق الاختصاص الولائى بالنظام العام لاتصاله بالنظام القضائى .

ويجـــب علـــى المحكمـــة بعد تحديد اختصاصها الولائى تحديد اختصاصـــها الـــنوعى والمحلـــى والشخصـــى ، مع ملاحظة أن الاختصاص المحلى مما لايتعلق بالنظام العام .

٢١٢ـ القاعدة هى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على المصرى :

تـــنص المـــادة ٢٨ مـــن قانون المرافعات على أن : " تختص محـــاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج " .

فيكفى لاختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع علـــى المصرى توافر جنسية الجمهورية عند المدعى عليه ولايلزم بجانـــب هذا أن يكون متوطنا أو مقيما أو موجودا فى الجمهورية .

ويصــح أن يكون المدعى عليه شخصا طبيعيا كما يصح أن يكون شخصيا اعتباريا .

فقــد أخذ المشرع بضابط شخصى فى الدعاوى التى ترفع على المصــرى وفــى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه : "..... يضــاف إلــى ذلك الأخذ بضابط شخصى للاختصاص هو جنسية المدعــى عليه وكونه وطنيا ، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامــته، وينبــنى الاختصاص فى هذه الحالة على اعتبار أن ولاية القضــاء وإن كانت إقليمية فى الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب، إلا أنهــا شخصــية بالنسبة للأولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيميــن خــارج إقلــيم دولتهم . كذلك راعى المشروع اعتبار أن الأصــل هــو أن تــؤدى الدولة العدالة فى إقليمها وأن الأصل هو رعايــة المدعــى علــيه . ولذلــك فــإن المشروع لم يأخذ ضابط الاختصــاص مــن ناحية المدعى إلا فى حالات قليلة تعتبر واردة على خلاف الأصلين العامين المذكورين ".

وعلى ذلك فالمصرى الذى يقيم فى الخارج ويتعامل مع شخص أجنــبى لايمكن أن يتفادى اختصاص المحاكم المصرية ، إذا ما قام ذلــك الأجنبى برفع دعواه أمامها لمطالبة المصرى بوفاء التزامه ، ولايجــوز للمصرى فى هذه الحالة أن يحتج بأن العلاقة نشأت فى الخارج ، أو بأنه يقيم فى الخارج إذ ولاية المحاكم المصرية تنبسط

علـــى المصـــرى أيـــنما كـــان وعلى جميع المنازعات التى يكون المصـــرى طـــرفا فيها أيا كانت هذه المنازعات . فيكفى أن يكون المدعـــى عليه مصريا لكى ينعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية ، ولا يلـــزم توافـــر أى شرط فى المدعى ، فيصح أن يكون المدعى وطنـــيا كمـــا يصح أن يكون أجنبيا متوطنا أو مقيما أو موجودا فى الجمهورية أو فى الخارج [١].

غـــير أن المـــادة اســـتثنت مـــن اختصاص محاكم الجمهورية بالدعـــاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامـــة فـــى الجمهورية الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخـــارج . وذلـــك سواء أكانت الدعوى شخصية عقارية أم عينية عقاريـــة أم مخـــتلطة . فـــلا تختص محاكم الجمهورية ، متى كان العقار واقعا فى الخارج ؛ بالدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد غير مسجل طالبا بها فى مواجهة البائع الحكم بانعقاد البيع (دعوى شخصية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مالك العقار طالبا تثبيت حق ملكيته وتقريره فى وجه من يعتدى عليه أو ينازع فيه (دعوى عينية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد مسجل علـــى البائع طالبا تسليم هذا العقار (دعوى مختلطة) . أما الدعوى

---

(١) الدكـــتور أحمد مليجى التعليق على قـــانون المـــرافعات الطبعة الثالثة ص ٧٦٠.

التى يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر والدعوى التى يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار والدعوى التى يرفعها بائع العقار المبيع على المشترى طالبا سداد الثمن ، فهى لاتدخل فى هذا الاستثناء لأنها دعاوى شخصية منقولة .

ويقوم هذا الاستثناء على مراعاة أن الدعاوى المتعلقة بعقار تتطلب إجراءات ومعاينات تكون محكمة الدولة الكائن بها العقار أقدر على الفصل فيها ، ولأن العقار هو مسقط سيادة الدولة ، ولأن تنفيذ الحكم الصادر فى الدعوى العقارية يكون عادة فى بلد موقع العقار ، ولاشك فى أن هذا البلد لايسمح بتنفيذه ، إذا ما صدر من محاكم دولة أخرى [1].

وهذا الاستثناء مسلم فى الأغلب عند الفقه والقضاء فى مختلف البلاد [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدنى بسريان قانون الدولة التى تم فيها العقد عند اختلاف الموطن ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٩٧٣ ومابعدها .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات .

تطبــيقه ، وتــنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الــذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذ كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت فى مصر وأن المستأنف وهو المديــن المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى الماثلة دعوى بطــلان حجــزَ مــا للمدين لدى الغير موقع فى مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هى المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها" .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢١٣ـ اختصاص محاكم الجمهوريـة بـنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات على أن :

"تخــتص محــاكم الجمهوريــة بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنــبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج ".

فالاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى التى ترفع علــى الأجنــبى الــذى له موطــن أو محل إقامة فى الجمهورية .

وأســاس هــذا الاختصاص أن كلا من الموطن ومحل الإقامة هو صــلة بيــن الشــخص وإقليم الدولة ، ومن ثم فهو يصل المنازعة بســيادة الدولة وبالتالى يصلها بولاية القضاء فيها ، ولأنه يتعين فى الأصــل ، الاعتداد بموطن المدعى عليه وليس بموطن المدعى لأن الأول أولى بالرعاية من الثانى [١].

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات أنه :

" تنص المادة ٢٩ من المشروع على انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهوريــة بالدعــاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محــل إقامــة فى الجمهورية ، باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقــارات واقعة فى الخارج . والقاعدة بأساسيها الموطن وبديله هو محــل الإقامة ، وكذلك الاستثناء من حكمها ، مسلمان فقها وقضاء، ولهــذه القاعدة سند فى قانون المرافعات الحالى هو مفهوم المخالفة لــنص المــادة الثالثة منه فى شأن الأحوال العينية ، وصريح نص المــادة ٨٦١ فــى شــأن الأحوال الشخصية ، وإن كان هذا النص الأخــير لم يجعل محل الإقامة بديلا للموطن وهو أمر منتقد عالجه المشروع " .

والمقصود بالموطن ، الموطن العام والموطن الخاص .

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٧٧ .

والموطن العام ، هو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من التقنين المدنـــى والذى يستلزم توافر عنصرين : عنصر مادى هو الإقامة فـــى مصر على وجه الاستمرار . وعنصر معنوى وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذها مقرا دائما له .

والموطـــن الخاص يشمل موطن الأعمال أو الموطن التجارى المنصوص عليه بالمادة ٤١ مرافعات وموطن من ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها (م٤٢ مدنى) .

فتخـــتص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى فـــيما يـــتعلق بهـــذه الأعمال دون غيرها من الدعاوى . وإذا كان الموطـــن العـــام القانونى للقاصر ومن فى حكمه فى الخارج ولكنه أذن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطنا لمباشرتها، صـــار له فـــى الجمهوريـــة موطـــن خاص ومن ثم ضابط خاص للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما يتعلق بها دون غيرها (م٢/٤٢ مدنى) .

وقد يكون الموطن العام للمدعى عليه الأجنبى فى الخارج ولكن لـــه فى الجمهورية موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين مما هو منصوص عليه فى المادة ٤٣ مدنى[١] ، فينعقد الاختصاص لمحاكم

---

(١) تنص هذه المادة على أن :

"(١) يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .

الجمهوريـــة بالدعاوى التى ترفع عليه والتى تتعلق بهذا العمل دون غــيرها وقد نص على هذا الاختصاص صراحة فى الفقرة الأولى مــن المــادة ٣٠ مــرافعات والتى جاء فى صددها فى بالمذكرة الإيضـــاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه : "... بديهى أن يقتصـــر هــذا الاختصـــاص على المنازعات المتعلقة بما اتخذ هذا الموطن فى شأنه من علاقات. وحكم هذه الفقرة منقول من المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى " .

وإذا كـــان الموطن العام القانونى للقاصر (ومن فى حكمه) فى الخـــارج ولكـــنه أذن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطـــنا لمباشرتها ، صارله فى الجمهورية موطن خاص ومن ثم ضـــابط خاص للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما يتعلق بها دون غيرها .

والمقصـــود بمحل الإقامة الذى يكون للأجنبى فى مصر ، هو المكـــان الـــذى يقـــيم فيه الأجنبى إقامة غير عادية ، أى بغير نية الاســـتمرار ، وهـــو لايعـــد موطنا فى القانون المصرى. وقد جاء

---

(٢) ولايجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة .

(٣) والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كـــل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى" .

بالمذكــرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد : "وقد جاء نــص المشــروع أكــثر بيانا فى ضبط الحكم من حيث المقصود بالإقامــة فعــبر عــنها (بالموطن) حيث يكون المراد هو الإقامة العادية وعبر " بمحل الإقامة " حيث يكون المراد هو مجرد الإقامة التى لا تكون موطنا طبقا للقواعد الواردة فى القانون المدنى " .

ولاينصــرف محل الإقامة إلى مكان الوجود العارض . ولذلك فــإن وجــود الأجنبى المدعى عليه وجودا عارضا فى الجمهورية لايكفى وحده أساسا ينعقد عليه الاختصاص لمحاكم الجمهورية .

وقــد اســتثنت المادة من قاعدة إسناد الاختصاص إلى المحاكم المصــرية " الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار فى الخارج " ، وذلك للاعتــبارات التى ذكرناها فى قاعدة الاختصاص بالنسبة للدعاوى الــتى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات من أن تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو سكن فى مصر فى أحوال معينة عددتها، أن الاختصــاص يــنعقد للمحــاكم المصرية أصلا ومن باب أولى فى الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو سكن فى مصر

وذلــك بموجــب ضـــابط إقليمى تقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للأجنبى " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- " إذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقا لقانونهـــا ، وكـــان اختصاصها يقوم أصلا على أساس المحل الذى أبـــرم فـــيه العقـــد وكـــان مشـــروطا تنفيذه فيه - وهما ضابطان للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المـــراد تنفيذ الحكم فيها - أى القانون المصرى- إذ نصت عليهما الفقـــرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات الـــتى يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبى ولو لـــم يكـــن لـــه موطن أو مسكن فى مصر . وإذ كانت محكمة بداية القـــدس- وهـــى إحدى جهتى القضاء المنعقد لهما الاختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلا وأصدرت فـــيها الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية ، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجات المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة أجنبية فى حدود اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " وفقـــا للمادة الثالثة من قانون المرافعات تختص المحاكم المصـــرية بالدعـــاوى الـــتى ترفع على الأجنبى إذا كان له موطن

أصلى أو مختار أو مسكن فى مصر ، أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفـذ أو كان مشروطا تنفيذه فى مصر ، وإذ كان المطعون عليه قـد نقـل إلى فرع الشركة بمصر واستمر يعمل به إلى أن قررت الشـركة (رب العمـل) فصـله ، فإن فى ذلك ما يجعل المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى ".

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٥)

٤- " الـنص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على أن المكان الـذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمـال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، والنص فى المادة ٢/٥٣ د مـن ذلـك القانون ، على أن الشركات التى يكون مركز إدارتهـا الرئيسـى فـى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى (أى موطنها) هو المكان الذى توجـد فـيه الإدارة المحلـية ، والنص فى المادة ٥/١٣ من قانون المرافعات على أنه فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية تسلم لها الإعلانات الخاصة بها إلى هذا الفرع أو الوكيل ، فقد دلت هذه النصوص مجتمعة على أنه إذا كـان الموطن الأصلى لشخص – طبيعيا أو اعتباريا – موجودا فـى الخارج ولكنه يباشر نشاطا تجاريا أو حرفة فى مصر ، اعتبر

المكـــان الذى يزاول فيه هذا النشاط موطنا له فى مصر فى كل ما يتعلق لهذا النشاط " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٥- " مـــن المقـــرر أن لكـــل سفينة تباشر نشاطا تجاريا وكيلا ملاحـــيا ينوب عن مالكها – سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا- فى مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة فى جمهورية مصر العربية ويمـــثله فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا النشاط ويعتـــبر مقـــر هـــذه الشـــركة موطنا لمالك السفينة تسلم إليه فيه الإعلانات وتحتسب منه مواعيد المسافة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك . وكان البين من الأوراق أن الشـــركة الطاعـــنة شـــركة ملاحية أجنبية تباشر بواسطة سفنها نشـــاطا تجاريـــا فـــى جمهورية مصر العربية وتتولى شركة القناة للتوكـــيلات الملاحية أعمال التوكيل الملاحى عنها فى كل ما يتعلق بهذا النشاط فمن ثم يعتبر مقر هذا الوكيل موطنا لها فى مصر، وإذ اختصـــمت تلك الشركة فى هذا النزاع فى مواجهة وكيلها البحرى المذكـــور أمـــام محكمة أول درجة ثم أمام محكمة الاستئناف ، فإن ميعاد المسافة الواجب إضافته إلى ميعاد الطعن بالنقض الذى أقامته الطاعنة يحتسب من موطنها فى مصر " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٢١٤- حالات اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

هناك حالات تختص بها محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .

وهذه الحالات نصت عليها المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

فهذه المادة تنص على أن :

" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية :

١- إذا كان له فى الجمهورية موطن مختار .

٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها .

٣- إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى .

٤- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية

بالـزواج مـتى كان لها موطن فى الجمهورية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان لـه موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخـارج بعـد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية .

٥- إذا كانـت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها .

٦- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

٧- إذا كانـت الدعـوى مـتعلقة بمسـألة من مسائل الأحوال الشخصـية وكـان المدعـى وطنـيا أو كـان أجنبيا له موطن فى الجمهوريـة، وذلـك إذا لـم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى .

٨- إذا كانـت الدعـوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المـال مـتى كـان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضـائيا موطـن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب .

٩- إذا كـان لأحـد المدعـى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .

ونعرض لهذه الحالات تفصيلا فيما يأتى :

الحالة الأولى :

إذا كان للأجنبى موطن مختار فى الجمهورية :

تخـــتص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كان للأجنبى فى مصر موطــن مخـــتار . ويســـتوى أن يكون الأجنبى شخصا طبيعيا أم اعتباريا .

وقـــد يتعلق هذا الموطن بعمل قانونى كرفع دعوى أمام القضاء المصـــرى وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى تترتب علـــى هذا العمل ، كدعوى التعويض التى قد تترتب على الدعوى الأولـــى ، كدعـــوى التعويض التى قد تترتب على الدعوى الأولى ودعوى المخاصمة .

وقـــد يـــتعلق الموطـــن بعمـــل تجارى وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى تترتب على هذا العمل [1].

وفـــى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه :

" تعالج المادة ٣٠ من المشروع الحالات ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الجمهورية على الرغم من أن المدعى عليه الأجنبى ليس له موطــن أو محـــل إقامـــة فـــى الجمهورية ، وأولى هذه الحالات

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠ .

اختصـــاص محاكم الجمهورية متى كان للمدعى عليه موطن مختار فيها . وبديهى أن يقتصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بمـــا اتخــذ هــذا الموطن فى شأنه من علاقات . وحكم هذه الفقرة منقول عن المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى " .

ومـــرد هذا الاختصاص هو فكرة للخضوع الاختيارى ، إذ أن قـــيام المدعى عليه الأجنبى باعتبار مصر موطنا مختارا له بالنسبة للعمـــل القـــانونى يفيد اختياره الخضوع لمحاكم الجمهورية بالنسبة لجميع المنازعات التى ترتبط بهذا العمل [١].

واختصاص محكمة الموطن المختار فى هذه الحالة هو استثناء مسلم به من قاعدة أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه فى محكمته.

إذ أن هـــذه القـــاعدة يقصد بها التيسير على المدعى عليه فمن الجائز الاتفاق على عكسها [٢].

ويـــرجع للقواعـــد العامة فى المرافعات بصدد أحكام الموطن المخـــتار . والكتابة شرط لإثباته (م٢/٤٣ مدنى) . ويتعين أن يفهم مـــن الكـــتابة أن الخصم قد قصد اتخاذ ذات المكان موطنا له لتنفيذ

---

(١) الدكتور نبيل اسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٨٨ .

(٢) الدكـــتور أحمـــد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ ص ٤١- الدكتور أحمد مليجى ص ٧٧٩ .

العمــل القــانونى المعيــن . فــإذا أورد ذكر المكان لمجرد إرشاد المــتعاقد عــن الجهــة التى سيتواجد فيها فى وقت ما فلا يعتد به كموطن مختار [١].

واتخــاذ الأجنــبى موطــنا مختارا فى مصر لايحول دون رفع الدعــوى عليه أمام محاكم موطنه الأصلى فى الخارج ، إذ يترتب على اتخاذ موطن مختار فى مصر أن يصبح الاختصاص مشتركا بين محاكم دولة الموطن الأصلى ومحاكم دولة الموطن المختار [٢].

الحالة الثانية :

إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت مــتعلقة بالــتزام نشــأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها :

وســبب اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى يرجع إلى نوع أو طبيعة الحق الذى تحميه الدعوى . وكونه موجودا أو يجب تنفيذه فى مصر. وهذا ضابط موضوعى ، وليس ضابطا شخصيا ، وهو موقع المال . فإذا تعلقت الدعوى بمال منقول أو عقار موجود فى مصر جاز رفع الدعوى أمام محاكمها [٣].

---

(١) أحمد أبو الوفا ص ٤١ هامش (٢) .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠ .

(١) عز الدين عبد الله ص ١٨٨ .

وتقسم هذه الحالة إلى أقسام ثلاثة :

(أ) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية :

تخـــتص المحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كانت متعلقة بمال موجود فى الجمهورية .

ولايشترط أن يكون مصدر الالتزام قد نشأ فى مصر، بل يكفى وجود المال بها .

ولا عـــبرة بـــنوع الدعوى ، فقد تكون الدعوى شخصية كطلب تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى فى العقار أو المنقول، أو طلب تنفيذ الالـــتزام بتسليم المبيع بعقد مسجل أو الالتزام بالضمان ، وقد تكون الدعوى عينية موضوعها حق عينى ، كدعوى الملكية فى مال واقع فـــى مصر ، كالدعوى التى يرفعها الدائن المرتهن لعقار واقع فى مصـــر لحمايـــة حقـــه ، وقد تكون الدعوى مختلطة تستند إلى حق عينى وحق شخصى مثل الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع بتسليم المبيع بعقد مسجل [١].

واختصـــاص المحاكم المصرية راجع إلى أنها أقرب إلى المال من غيرها ، وقد يستلزم التحقيق انتقال المحكمة إلى محله لمعاينته.

---

(١) الدكتور حمد مليجى ص ٧٨٠ .

(ب)- إذا كانــت الدعــوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها :

تخــتص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كانت مصر هى محل نشــأة الالــتزام كمــا لو تعلق النزاع بعقد أبرم فى مصر أو كانت الواقعــة المنشــئة للالتزام قد حدثت فيها ، أو كانت مصر هى بلد تنفيذ الالتزام كما لو كانت الدعوى تتعلق بعقد نفذ أو كان مشروطا تنفيذه فى مصر .

ولايهــم مصدر الالتزام فيستوى أن يكون هذا المصدر تصرفا قانونيا أو عملا ماديا .

كمــا لايهم نوع الدعوى فيصح أن تكون فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كالمنازعة فى وصية تمت فى الجمهورية أو فى مشــارطة زواج أبرمت فيها ، كما يصح أن تكون فى مسألة من مســائل الأحوال العينية ، مدنية كانت أو تجارية ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات من أن تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الــذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر فى أحوال معينة عددتها ، أن الاختصــاص ينعقد للمحاكم المصرية أصلا ومن باب أولى فى

الدعـــاوى الـــتى تـــرفع على الأجنبى الذى له موطن أو مسكن فى مصـــرى وذلـــك بموجـــب ضابط إقليمى تقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للأجنبى " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- " إذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقا لقانونهـــا ، وكـــان اختصاصها يقوم أصلا على أساس المحل الذى أبـــرم فـــيه العقـــد وكـــان مشـــروطا تنفيذه فيه - وهما ضابطان للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المـــراد تنفيذ الحكم فيها - أى القانون المصرى - إذ نصت عليهما الفقـــرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات الـــتى يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبى ولو لم يكن له موطن أو سكن فى مصر. وإذ كانت محكمة بداية القدس- وهى إحدى جهتى القضاء المنعقد لهما الاختصاص فى النزاع القائم بيـــن الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلا وأصدرت فيها الحكم المطلوب تذييله بالصيغته التنفيذية ، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمـــة وحاجـــة المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا الحكم قد صدور من محكمة أجنبية فى حدود اختصاصها ".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " تقضـــى الفقــرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدنى بســريان قانون الدولة التى تم فيها العقد عند اختلاف الموطن مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبــيقه ، وتـــنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الـــذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذ كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت فى مصر وأن المستأنف وهو المديــن المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى الماثلة دعوى بطـــلان حجــز مـــا للمدين لدى الغير موقع فى مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هى المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها ".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٤- " لمـــا كانـــت المـــادة ٣٠ من قانون المرافعات تنص بأنه (تخـــتص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتـــية : (١) .... (٢) إذا كانـــت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهوريـــة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فـــيها ....) وكان لايجوز الخروج من اختصاص لمحاكم المصرية

الثابــت لها وفقا للقانون المصرى لأن الدولة هى التى ترسم حدود ولايـــة القضـــاء فيها مقدرة فى ذلك أن أداء العدالة مصلحة عامة لايمكـــن تحققهـــا إلا بواسطة محاكمها الذى ترى أنها دون غيرها جديـــرة بـــأن تكفل هذه الغاية وكان الثابت فى الأوراق أن الدعوى مـــتعلقة بالـــتزام نفذ فى مصر فإن القضاء المصرى يكون مختصا بنظرها رغم اتفاق الخصوم فى عقد العمل على اختصاص المحاكم السويســرية بنظر ما قد ينشأ من العقد من منازعات وإذ كان ذلك، وكـــان الحكـــم الصـــادر من محكمة أو درجة فى ١٩٧٩/١٢/١٨ المؤيـــد بالحكم المطعون فيه قد خلص إلى هذه النتيجة الصحيحة. وقضـــى بـــرفض الدفـــع بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣)

٥- لمـــا كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقـــانون رقـــم ٧٧ لسنة ١٩٤٩- الذى رفعت الدعوى فى ظله - تـــنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنـــبى الـــذى لـــيس له موطـــن أو مسكن فى مصر " إذا كانت الدعـــوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود فى مصر أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها " وكـــان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندى الذى فتح لصالح المشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسلة

المحـــدد فى خطاب الاعتماد والذى فوضه دون غيره فى القيام بكل مـــا يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد . فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وهو ما تكون معه المحاكم المصـــرية هـــى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض باعتباره قانون محل التنفيذ الذى يحكم العقد ويكون صحيحا إعلان الطاعن بالحجز فى موطن هذا المراسل باعتباره موطنا مختارا".

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

(ج) الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر فى الجمهورية :

تخـــتص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى تكون متعلقة بإفلاس أشهر فى مصر .

فإذا كان قد أشهر إفلاس الأجنبى أمام محكمة مصرية اختصت هذه المحاكم بالدعاوى المتعلقة بالإفلاس ويقصد بهذه الدعاوى كافة المنازعات التى تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس أو الناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة .

ومثل ذلك الدعوى التى يرفعها أمين التفليسة ببطلان التصرفات الصـــادرة من المفلس فى فترة الريبة ، ودعوى استرداد البضاعة المودعـــة لـــدى المفلـــس ، وكافة الدعاوى التى يختصم فيها أمين التفليسة بصفته هذه .

وفــى هــذا الصدد يلاحظ أن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس التاجر الأجنبى إذا توقف عن دفع ديونه فى مصر ، إذا كان موطنه التجارى فى مصر أو كان بها مركز إدارة أعماله الرئيسى، أو كــان بهــا فرع أو وكالة للتاجر المدين وكان المركز الرئيسى لأعمالــه بالخــارج . ويــتحدد كــل ذلــك وفقــا لقانون القاضى الموضوعى.

وإذا لــم يــتوافر أى معــيار مــن هذه المعايير . فإن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس التاجر إذا كانت له أموال فى مصر، وكانت التزاماته التجارية تنصب عليها (١).

فــإذا أشهر إفلاس التاجر من إحدى المحاكم المصرية ، أمكنها بعد ذلك النظر فى كافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس .

الحالة الثالثة :

إذا كانــت الدعــوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى :

ذكــرنا ســلفا أنــه يجــوز للأجانب فى الجمهورية أن يبرموا زواجهــم فى الشكل المقرر فى القانون الوطنى بوصفه بالنسبة لهم الشــكل المحلــى للزواج . وهذا الشكل يباشره موثق وطنى . وقد

---

(١) عــز الديــن عبد الله ص ٧١٩ – نبيل اسماعيل عمر ص١٨٩– هشام صادق ص ١٢٥ .

يحـــدث عندما يقوم الموثق بالتوثيق أن يعترض على إبرام الزواج مـــن له الحق قانونا فى الاعتراض عليه ، وذلك من حيث الشروط الموضـــوعية - لا من حيث الشكل- كما لو كان مبنى الاعتراض عـــدم أهلية أحد الطرفين أو عدم رضاء من يوجب القانون الواجب التطبيق توافر رضائه بالزواج (مثل الوالدين أو أحدهما أو الوصى أو مجلـــس العائلـــة) أو قيام مانع من موانع الزواج كقيام زوجية سابقة .

وبديهـــى أن تمكين الموثق من أداء وظيفته ، وهو يؤديها وفقا للقـــانون المصـــرى ، يقتضى البت فى الاعتراض بواسطة السلطة المختصة فى دولته ، إذ القول بغير ذلك من شأنه تعطيله من أدائها وتعطـــيل إعمـــال القانون الوطنى بوصفه القانون الذى يحكم شكل الزواج . وهذه هى الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الاستثناء[١].

فاختصـــاص المحـــاكم المصرية فى هذه الحالة يبنى على نوع الدعـــوى . والمحكمة هى التى تعطيها التكييف القانونى اللازم لكى تحدد مسألة اختصاصها بنظرها .

ويلاحظ أنه إذا كان محل التوثيق عقد زواج أجنبى بمصرية أو التصـــادق عليه فإنه يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٨٦ – نبيل اسماعيل ص ١٩٠.

مـــن الشروط التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦) .

وتـــنص المـــادة السادســـة من ذات القانون على أنه إذا اتضح للموثق عدم توافر هذه الشروط وجب عليه أن يرفض التوثيق.

ويجـــوز لكـــل ذى مصلحة فى عدم إتمام هذا التوثيق أن يرفع دعـــوى ضد الأجنبى والزوجة المصرية معارضا فى عقد الزواج مـــع اختصـــام وزير العدل بصفته الرئيس الأعلى للشهر العقارى والتوثـــيق (الممـــثل له) . كما يجوز للزوجة نفسها رفعها لانتفاء الشـــروط التى تطلبتها المادة الخامسة سالفة البيان أو لتوافر سبب من أسباب الفسخ أو البطلان المتعلقة بعقد الزواج [1].

الحالة الرابعة :

الدعـــاوى المـــتعلقة بطلـــب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال :

تنص المادة ٤/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بنظر طلبات فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال فى صورتين :

الصورة الأولى :

أن تكـــون الدعوى مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج من المدعى عليه متى كان لها موطن بالجمهورية .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٢ .

فضابط الاختصاص فى هذه الصورة هو جنسية الجمهورية عند عـند المدعية قبل زواجها من المدعى عليه ، وهو ضابط شخصى غـير إقليمى ، وكذلك موطنها فى الجمهورية وقت رفع الدعوى ، سـواء كانت متوطنة فى الجمهورية من الأصل قبل رفعها أم أنها كانـت مقيمة فى الخارج ثم عادت للإقامة فى الجمهورية وكسبت موطنها فيها وقت رفع الدعوى .

ويـبرر اختصـاص محاكم الجمهورية فى هذه الحالة ما قدره المشـرع مـن توفـير الرعاية للمدعية باعتبار ما كان من تمتعها بجنسـية الجمهوريـة وحتى يمكنها من استرداد هذه الجنسية إذا ما نحجت فى حل رابطة الزوجية .

وتوطـن الزوجة فى الجمهورية أو عودتها للتوطن فيها يكون عنصـرا هامـا من عناصر تقدير السلطة التنفيذية فى إجابة طلب الاسـترداد . كذلك فإن ما يبرر ذلك كون القانون الواجب التطبيق فى الدعوى وفقا للمادة (١٤) مدنى هو القانون الوطنى .

الصورة الثانية :

أن يكـون للمدعية موطن فى الجمهورية ، وأن يكون زوجها المدعـى علـيه أجنبـيا كان له موطن فى الجمهورية ، وقام سبب الدعوى ، أى سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال، ثم هجر زوجته وفقـد موطنه فى الجمهورية فقدا اختياريا ، سواء اتخذ أو لم يتخذ

موطنا فى الخارج ، أو فقده فقدا إجباريا بالسقوط نتيجة لإبعاده عن الجمهورية.

وضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو موطن المدعية فى الجمهورية، وهو ضابط شخصى إقليمى . أما الظروف الأخرى التى يستلزم المشرع توافرها فى جعل محاكم الجمهورية مختصة بالدعوى، ألا وهى هجر الزوج زوجته وفقد موطنه فى الجمهورية، فهى فى الحقيقة الاعتبارات التى تبرر رعاية المدعية رعاية تضعف أمامها فكرة أن الأصل هو توفير الرعاية للمدعى عليه. كما أن توطن المدعية فى الجمهورية يجعل اختصاص هذه المحاكم بالدعوى واقعا فى نطاق فكرة أن واجب الدولة هو أداء العدالة فى إقليمها لكفالة السلام العام فيه . والاختصاص فى هذه الحالة الثانية شأنه شأن الحالة الأولى مقيد بنوع الدعوى ، فيجب أن تكون الدعوى بطلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال [١].

الحالة الخامسة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها :

يشترط لاختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى فى هذه الحالة وجود موطن للزوجة أو الأم فى مصر وقت رفع الدعوى،

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٨٧ ومابعدها .

وأن يكـــون الصـــغير مستحق النفقة مقيما فى الجمهورية فى ذلك الوقت .

فضـــابط اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى هو ضابط إقلـــيمى وهـــو وجـــود موطـــن للزوجة أو الأم فى مصر أو إقامة الصغير فى مصر وقت رفع الدعوى ، سواء كانت الزوجة أو الأم مصـــرية أو أجنبـــية ، حتى ولو كان للمدعى عليه الأجنبى موطن معروف فى الخارج .

وقـــد راعـــى المشرع بالنسبة للصغير الاكتفاء بكونه مقيما فى مصر مقدرا فى ذلك أن موطن الصغير هو موطن النائب عنه وقد يكون هذا الموطن فى الخارج [١].

ويلاحظ أن المقصود بدعاوى النفقة فى هذا الخصوص الدعوى بطلـــب نفقة عادية للأم أو للصغير كما تقضى بها قواعد النفقة بين الأقـــارب . أو بطلـــب نفقـــة عادية للزوجة باعتبارها أثر من آثار الزواج .

أمـــا النفقة الوقتية التى يتم تقديرها من القاضى المختص لحين الفصل فى الدعوى الأصلية فإنها تخضع لحكم المادة ٣٤ مرافعات.

وأساس هذا الاستثناء هو مراعاة حالة المدعى المطالب بالنفقة، نظرا لضعف مركزه وحاجته العاجلة إلى النفقة اللازمة لمعيشته.

---

(١) هشام صادق ص ١٤٧ – نبيل اسماعيل ١٩١ ومابعدها .

الحالة السادسة :

إذا كانــت الدعــوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها :

تنص المادة ٦/٣٠ مرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بــنظر الدعــوى " إذا كانــت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهوريــة أو بســلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها " .

فضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو إقامة الصغير فى مصر، وهو ضابط شخصى إقليمى .

والإقامــة المقصودة هنا هى مجرد الإقامة وليس الإقامة العادية الــتى تكون موطنا . إذ أن الصغير له موطن قانونى هو موطن من يــنوب عــنه قانونا (م٤٢ مدنى) . ولايوجد بجانب ذلك أى قيد من حيث جنسية الصغير، دون اعتداد بالمدعى عليه الأجنبى ، أى حتى ولو كان له موطن معروف فى الخارج. وإنما يتقيد الاختصاص فى هذه الحالة بنوع الدعوى فيجب أن تكون فى شأن نسب الصغير أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

وتعبير " بشأن نسب صغير " الوارد فى المادة يتصور معه أن تكــون الدعــوى بإثــبات النسب ، كما يتصور أن تكون بإنكاره. ويــبرر هــذا الاختصــاص أن الصغير هو الطرف الضعيف فى

الدعـوى الـتى تجب له الرعاية ، كما أن حماية الصغير فى نفسه واجـب علـى الجماعـة وتتصل بالمصلحة العامة وتقع فى نطاق واجـب الدولـة فـى أداء العدالة على إقليمها مادام الصغير مقيما فيه[1].

الحالة السابعة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعىله موطن فى مصر وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطـن معـروف فـى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى :

وقـد نصـت علـى هذه الحالة الفقرة السابعة من المادة (٣٠) مـرافعات وهـى تقـرر صـورتين للاختصاص الدولى للمحاكم المصـرية فـى مواد الأحوال الشخصية . وهما صورتان عامتان بمعـنى أنهمـا لاتتقيدان بنوع معين من مواد الأحوال الشخصية ، فهمـا تشملان جميع المسائل المتولدة عن رابطة الزوجية والمتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على النفس وعلى المال ، وكذلك المسائل المتعلقة بالمواريث .

---

(١) نبيل اسماعيل ص ١٩٢ – عز الدين عبد الله ص ٦٩١ ومابعدها.

والصورة الأولى :

هـــى اختصـــاص المحـــاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنـــبى مـــتى توافر شرطان : أولهما ، أن يكون المدعى وطنيا ســـواء كـــان متوطنا فى الجمهورية أم فى الخارج . وثانيهما : ألا يكـــون للمدعـــى عليه موطن معروف فى الخارج ، ويكفى هذا فلا يشترط أن يكون القانون المصرى هو واجب التطبيق، وذلك إعمالا لفكرة منع إنكار العدالة إذ قد لايجد المدعى المصرى محكمة أجنبية تختص بالدعوى .

والصورة الثانية :

إذا كـــان المدعى أجنبيا له موطن فى الجمهورية ، وذلك إذا لم يكـــن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى .

وهـــذه الحالة تكون كثيرة التحقق فى التطبيق بالنظر إلى حكم المـــادة ١٤ مدنـــى الـــتى تجعل القانون الوطنى وحده هوالواجب التطبـــيق فـــى الزواج والطلاق والتطليق والانفصال كلما كان أحد الزوجيـــن وطنيا وقت انعقاد الزواج ، وذلك فيما عدا شرط الأهلية فى الزواج .

الحالة الثامنة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب :

تنص المادة ٨/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية " إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب ".

فضابط اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الدعاوى هو ضابط شخصى إقليمى ، هو أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى مصر، أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب .

والإقامة المقصودة هنا هى واقعة مادية ، وينظر فى شأنها إلى ذات الشخص المطلوب تحديد محل إقامته. أما الموطن فهو مبنى على فكرة قانونية . وموطن الشخص يتحدد وفقا للقانون المصرى بوصفه قانون القاضى الذى يخضع له التكييف القانونى ، أو بوصفه القانون الإقليمى ، أى قانون البلد الذى يدعى بالتوطن فيه.

وموطــن القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنه قانونا .

وعلى ذلك فلكى يعتبر القاصر متوطنا فى الجمهورية يجب أن يكون النائب عنه متوطنا فيها .

ويعــتد فى الاختصاص بطلب الحجر بموطن المطلوب الحجر عليه، فإذا ما تم الحجر عليه اعتبر موطنه هو موطن النائب عنه.

ويلاحــظ أنه إذا كان موطن أى من هؤلاء فى الخارج ، ولكن محــل إقامــته فــى مصــر ، كــان هذا المحل أساسا كافيا لعقد الاختصــاص للمحــاكم المصــرية، وبالنســبة للغائب يكفى لعقد الاختصــاص للمحاكم المصرية أن يكون آخر موطن أو محل إقامة له سبق تحققه فى مصر .

واختصاص المحاكم المصرية فى نطاق المادة ٨/٣٠ يعتد بنوع الدعــوى . فيجــب أن تكون هذه الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحــوال الشخصــية للولايــة على المال ، مثل تعيين وصى ، أو توقــيع الحجــر ، أو تنصيب نائب عن المحجور عليه ، أو إثبات الغيبة ، أ، تعيين وكيل عن الغائب ، أو تعيين المساعدين القضائيين أو تعيين مأذون بالخصومة عن القصر أو الغائبين .

أمـــا الإجراءات الوقتية والتحفظية الواجب اتخاذها بمناسبة هذه المسائل فهى تدخل فى اختصاص المحاكم المصرية وفقا للمادة ٣٤ ومرافعات [1].

أما التصرف فى مال المشمول بالحماية سواء صدر منه أو من نائـــبه بعد تمام الإجراء الذى تستلزمه هذه الحماية ، كصدور إذن للقاصـــر أو الوصــــى حـــتى يمكنه التصرف فى الحال مثلا ، فهنا يبحـــث فى اختصاص المحاكم المصرية وفقا للقواعد الاختصاص الدولى مثل المادة (٣٠) بفقراتها المختلفة .

والواقـــع أن جدوى الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) لاتبدو إلا فى الفــروض التى يكون ناقص الأهلية أو الغائب فيها هو المدعى . إذ تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال فى هذه الحالة

---

(١) نبـــيل إسماعيل ص ١٩٣ ومابعدها – ويرى بعض الفقهاء أنه وإن كان نـــص الفقـــرة الثامـــنة المشار إليها جاء صريحا فى ذكر الاختصاص "بـــالدعوى" المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، إلا أن حكمه ينصرف إلى أى إجراء يلزم اتخاذه فى هذه المسائل لحماية عديم الأهلية ومـــن فـــى حكمه فى ماله . ويضيف إلى أنه على أية حال فإن ما يلزم اتخـــاذه فى هذا الشأن من إجراءات وقتية أو تحفظية ، مثل الإجراءات الخاصة بحصر أموال الشخص الواجب حمايته والتحفظ عليها يدخل فى اختصاص محاكم الجمهورية وفقا للمادة ٣٤ مرافعات (عز الدين عبد الله ص ٦٩٥) .

مـــادام أن لناقص الأهلية موطن أو محل إقامة فى مصر أو كانت هى آخر موطن أو محل إقامة للغائب . أما لو كان ناقص الأهلية أو الغائـــب هو المدعى عليه لاختصت المحاكم المصرية بالدعوى وفقـــا للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات والتى تقضـــى باختصـــاص هذه المحاكم مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر . وقد راعى المشرع عند وضعه لنص الفقرة الثامـــنة مـــن المادة (٣٠) وما يتضمنه هذا النص من استثناء على القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٩ ، حماية الطرف الضعيف فى الدعوى [1].

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على نص المـــادة ٢٩ أنه : " على أن انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية علـــى أســـاس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هى قاعدة عامة لاتعطلهـــا قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمســـائل المـــيراث أو غـــيرها إلا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك".

---

(١) هشام صادق ص ١٤٤ وما بعدها .

الحالة التاسعة :

إذا كـــان لأحـــد المدعـــى علـــيهم موطـــن أو محل إقامة فى الجمهورية.

تنص المادة ٩/٣٠ مرافعات على أن تختص المحاكم المصرية بـــنظر الدعوى " إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية " .

وهـــذه الحالة تفترض أن الدعوى رفعت على أكثر من مدعى علـــيه . وجعلـــت الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كان لأحد هؤلاء المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى مصر .

ويســـتوى أن يكون المدعى عليه الذى له موطن أو محل إقامة فى مصر شخصا طبيعيا أو اعتباريا .

ويجـــب أن تكون هناك وحدة فى الموضوع والسبب فى النزاع بيـــن جمـــيع المدعى عليهم . وأن يكون تعدد الخصوم تعددا حقيقيا ولـــيس تعـــددا صـــوريا لمجرد مد ولاية القضاء المصرى إلى من لايخضـــعون له . ويجب أن يكون المدعى عليهم مختصمين بصفة أصلية وليس بصفة تبعية أو احتياطية كاختصام المدينين والكفلاء .

ومـــتى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية ، فإنه يظل منعقدا لهـــا حـــتى لو ترك المدعى دعواه بالنسبة للمدعى عليه المقيم فى

مصـــر وكـــان الـــترك جائـــزا ما لم يدفع أحد المدعى عليهم بعدم اختصاص المحاكم المصرية أو لم يحضر باقى المدعى عليهم .

ويستوى أن يكون المدعى عليه المقيم فى مصر قد اختصم منذ رفـــع الدعـــوى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب أو أدخل فيها بعد ذلك طالما كان خصما حقيقيا حتى لايؤدى السهو عنه فى الصحيفة إلى نفى اختصاص المحاكم المصرية [١].

وأســـاس الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون أحد المدعى علـــيهم أجنبـــيا له موطـــن أو محل إقامة فى الجمهورية . غير أن المحـــاكم المصـــرية تختص بالدعوى أيضا إذا تعدد المدعى عليهم وكـــان أحدهـــم متمـــتعا بجنسية الجمهورية أو كان المال موجودا بمصر .

ولاتختص بالدعوى إذا تعدد المدعى عليهم وكانوا جميعا أجانب، وكانـــت غير مختصة أصلا بها ، ولكن قبل أحدهم اختصاصها إذ يقتصـــر هـــذا القبول فى الاختصاص على المدعى عليه الذى قبله دون الآخرين [٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦ .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٧٣٦ – نبيل اسماعيل ص ١٩٥ .

وإذا كـان مـن شـأن تعدد المدعى عليهم أن يؤدى إلى جلب الاختصـاص لمحـاكم الدولـة ، فإنه لايجوز أن يؤدى إلى سلب الاختصاص من هذه المحاكم لصالح محاكم أجنبية .

وذلـك علـى أسـاس أن الـتخلى عن القضاء يكون من شأنه الانتقاص من سيادة الدولة ، وعلى أساس أن محاكم كل دولة تكون مسـتقلة عن محاكم الدول الأخرى . ولأن وظيفة كل دولة هى أداء العدالة فى إقليمها .

ومـع ذلـك فهناك اتجاه حديث فى فقه القانون الدولى الخاص يسـمح بقبول الدفع بإحالة الدعوى من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبية مما يؤدى عملا إلى سلب الولاية من القضاء الوطنى [(١)].

والضابط المذكور فى تحديد اختصاص المحاكم المصرية غير مقيد بنوع الدعوى . ويعمل به فى جميع المنازعات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات وعلى ما أفصحت عـنه المذكـرة الإيضـاحية أن المشرع عقد الاختصاص للمحاكم المصرية فى الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل

---

(١) الدكـتور أحمد عبد الكريم سلامه أصول المرافعات الدولية ١٩٨٤ ص ٢٢٩ ومابعدها – نبيل اسماعيل ص ١٩٦ .

إقامة فيها ، وأن معنى التعدد يتحدد طبقا للقانون الوطنى وأنه يجب أن يكــون الــتعدد حقيقيا وليس صوريا بأن توجه إليهم طلبات فى الدعوى وهو يكون غير حقيقى إذا ما كان اختصام الخاضع لولاية القضاء المصرى حاصلا لمجرد مد هذه الولاية إلى من لايخضعون لهــا بــأن يكون اختصامهم ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو لمجرد المــثول فــيها لمــا كان ذلك وكان المطعون عليهما الأول والثانى اختصما الطاعنين وهما أجنبيان – والمطعون عليهم من الثالث إلى الأخــير وهم مصريون للحكم بإلزامهم جميعا متضامنين بالتعويض المطالــب بــه وذلك على سند من أن الطاعن الأول صاحب إدارة المبانى التجارى والطاعن الثانى والمطعون عليهما الثالث والخامس أعضـــاء بها والمطعون عليه الرابع موظف لدى المطعون عليهما الأول والثانى وجميعهم ساهم فى الأفعال التى أدت إلى واقعة سحب البيانات أساس دعوى التعويض فيعتبر تعددهم فى الخصومة تعددا حقيقــيا ولــيس صوريا وإذا وجهت إلى المطعون عليهم من الثالث إلــى الأخــير طلبات فى الدعوى كمسئولين أصليين وكان لهؤلاء الأخريــن محــل إقامة فى مصر فينعقد الاختصاص بنظر الدعوى للمحاكم المصرية " .

(طعن رقما ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٢١٥ـ اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة :

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات على أن: " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية ، أو كان المورث مصريا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية ".

فهذه المادة تتناول اختصاص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة.

وتحديد المسائل الخاصة بالإرث هو مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى .

ويعد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم وحق المورث في تعيين منفذ الوصية وحق القاضى في تعيين مدير التركة .

والمقصود بالدعاوى المتعلقة بالتركة الدعاوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التى يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التى ترفع على مدين المورث لاستيفاء أموال التركة [1].

---

(١) هشام صادق ص ١٣٥ .

غــير أنه يشترط أن تكون الدعوى مرفوعة من كل الورثة أو من وارث انتصب نائبا عن باقى الورثة ، فلا يطالب بحق شخصى له إنما بحق للتركة باعتباره ممثلا لها ، فإن طالب بالحق باعتباره يدخــل فى حصته الميراثية فإن المحاكم المصرية لاتكون مختصة بنظر الدعوى بموجب المادة ٣١ مرافعات (١).

وهــذه المــادة تضم ثلاث حالات لاختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة هى :

الحالة الأولى :

أن يكون محل افتتاح التركة فى مصر :

تكــون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى إذا كان محل افتتاح التركة فى مصر.

والــتركة تفتــتح فى مصر إذا كان آخر موطن للمورث فيها. ولايقــدح فـــى توافر هذا الموطن أن يكون المتوفى قد غادره قبل وفاتــه لأمــر عارض كالزيارة أو العلاج ثم توفى أثناء الزيارة أو العلاج ، طالما لم تنصرف إرادته إلى التخلى عن موطنه فى مصر واتخاذه موطنا آخر فى الخارج .

وأساس اعتداد المشرع ببلد افتتاح التركة كضابط للاختصاص فى مواد المواريث هو أن محاكم الدولة التى يوجد بها آخر موطن

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦ ومابعدها .

للمتوفى هى الأقدر على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بالتركة لكونها أقرب المحاكم إلى أموال المتوفى كما أن مصالح دائنيه تتركز عادة فى دائرتها [(١)].

الحالة الثانية :

أن يكون المورث مصريا :

فضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو تمتع المورث عند وفاته بجنسية الجمهورية . وهو ضابط شخصى غير إقليمى .

ويبدو أن المشرع قد وضع فى اعتباره أنه لو كان المورث مصريا فإن القانون المصرى هو الذى سيطبق على موضوع دعوى الإرث إعمالا للمادة ١٧ مدنى ، مما يجعل اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى أمرا مرغوبا فيه وفقا للفكرة القائلة بأن محاكم الدولة هى الأعلى بتطبيق قانونها .

غير أن القانون المصرى لن يكون هو الواجب التطبيق بالضرورة ، كما لو كانت الدعوى مثلا من الدعاوى المدنية البحتة المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بحق عينى على مال منقول من أموال التركة كائن فى دولة أجنبية .

أما لو كان المال عقارا فى هذا الفرض فلن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى أصلا عن ما سنرى [(٢)].

---

(١) هشام صادق ص ١٣٥ ومابعدها .

(١) هشام صادق ص ١٣٦ ومابعدها .

واختصاص محاكم الجمهورية فى الحالتين المتقدمتين لايستلزم فى شأنه أى شرط آخر غير ما ذكر . فيكفى أن يكون آخر موطن للمتوفى الجمهورية أو أن يكون المتوفى متمتعا بجنسية الجمهورية عـند وفاتـه . ولاعبرة بعد ذلك بموقع أموال التركة ، فيصح أن تكـون جمـيعا فـى الجمهوريـة ، ويصـح أن يكون بعضها فى الجمهوريـة والـبعض الآخـر فى الخارج ، لأن نص المادة ٣١ لايسـتلزم شـيئا من ذلك ، بل إنه هجر ما كان يستلزمه فى المادة ٨٦٠ من القانون الملغى بشأن الحالة الثانية المشار إليها من شروط أخرى فوق كون المورث متمتعا بجنسية الجمهورية .

فقـد كانت هذه المادة توجب لاختصاص محاكم الجمهورية فى الحالة الثانية " أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر وأن يكـون المـورث مصـريا أو أن يكـون الورثة كلهم أو بعضهم مصريين " وجاء بالمذكرة الإيضاحية لذلك القانون أنه : "لوحظ أنه إذا كـان المـورث مصريا فالقانون المصرى هو الواجب التطبيق وأموال التركة كلها أو بعضها فى مصر ، وهذان الاعتباران يكفيان لتبرير الاختصاص ، وكذلك الشأن إذا كان الورثة كلهم أو بعضهم مصـريين ، فإن فى جنسيتهم وفى وجود التركة أو جزء منها فى مصر ما يقضى باختصاص المحاكم المصرية " وقد كان هذا النص محـل انتقاد من الفقه من حيث عدم الاكتفاء بتمتع المورث بجنسية الجمهورية ضابطا للاختصاص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنـــه وإن كانـــت المـــادة ٨٨٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ قـــد تضـــمنت قاعدة من قواعد الاختصاص الداخلى بتحديد الاختصاص للمحكمة الابتدائية التابع لها مكان افتتاح تركة الأجنبى المتوطـــن بالقطر المصرى ، إلا أن هذه القاعدة فى الوقت ذاته من ضـــوابط الاختصاص الخارجى فى كثير من القوانين الأجنبية كلما كانـــت الـــتركة أموالا منقولة . فإذا كان الحكم قد طبق هذه القاعدة الـــتى أقرها المشرع المصرى فى توزيع الاختصاص الداخلى فى تعرف اختصاص محاكم لبنان بتركة أجنبى متوطن فى دائرتها فإنه لا يكون قد خالف القانون مادامت القاعدة التى طبقها لاتتعارض مع أية قاعدة أخرى أساسية فى القانون المصرى ينعقد بها الاختصاص للمحـــاكم المصـــرية وحدها ومتى كان لم يتمسك أحد أمام محكمة الموضوع بأن للتركة عقارات بمصر ".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٢- " إن المـــادة ٨٨٥ مـــن القـــانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ إذ اشترطت فى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى الخاصة بتركة أجنـــبى أن يكون هذا الأجنبى " متوطنا بالقطر المصرى " تكون قد اشـــتملت فـــى الواقع على قاعدة من قواعد الاختصاص العام فى

مصر واستبعدت بهذا الشرط تركة الأجنبى المتوطن فى بلاد أجنبية من اختصاص المحاكم المصرية " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٣- " متى كان الحكم وهو بسبيل تعرف اختصاص محاكم لبنان بإصدار أحكام صادرة منها فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية قـد طبق فى تحديد الاختصاص القواعد القانونية التى كان معمولا بهـا وقـت صدور تلك الأحكام بصفة نهائية فإنه لا يكون قد أخطأ القانون بعدم تطبيق المادة الأولى من قانون المرافعات المعمول به مـن ١٩٤٩/١٠/١٥ والمادتين ٨٥٩، ٨٦٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٢٦ لسنة١٩٥١ وذلك متى كانـت تلك الأحكام قد صدرت بصفة نهائية قبل العمل بهذا القانون وكانـت المسـألة المشار إليها مطروحة على المحكمة بصفة أولية ينبنى عليها الفصل فى الطلب الأصيل فى الدعوى ".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٤- " إذا كـان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه – برفض الدفـع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشخصية للمصريين على أن المدعييـن يتمـتعان بالجنسـية المصرية أخذا بالقاعدة التى قررها قـانون الجنسـية المصـرى من أن من يولد لأب مصرى ، يكون مصـريا هو الآخر ، دون نظر إلى مكان ولادته أو جنسية الأم أو

قيام الزوجية وقت الميلاد ، ولأنه لم يثبت كما قرر الحكم أنهما اكتسبا الجنسية البريطانية ، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليست محل نعي من الطاعنة ، فإنه يكون صحيحا إقامة الدعوى ابتداء ، بثبوت وراثتهما من والدهما المصرى الجنسية أمام دائرة الأحوال الشخصية للمصريين " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١/٩)

الحالة الثالثة :

أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية :

وضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو موقع المال ، وهو ضابط موضوعى إقليمى ، وأنه لايشترط بجانبه أى شرط آخر ، مثل كون المورث متمتعا بجنسية الجمهورية أو كون آخر موطن له فى الجمهورية . وقد خالف المشرع بذلك ما سبق أن اتبعه فى قانون المرافعات الملغى من عدم الاكتفاء بموقع أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية ضابطا للاختصاص .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه : "ونص المادة ٣١ يجمع بين حكمى المادتين ٣ فقرة ٣ و ٨٦٠ فقرة ٢ من القانون القائم مع تعديل هذه الأخيرة بالاكتفاء بكون المورث مصريا أو كون أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية دون فى الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للاختصاص إلى كل منهما".

ويقـــوم الاختصـــاص فى هذه الحالة على أساس أن مصر هى دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعاوى المتعلقة بها، وهو ترديد للمبدأ العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة (٣٠).

ومع ذلك يظل هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القـــائم علـــى وجـــود المال فى مصر والمنصوص عليه فى الفقرة الثانـــية مـــن المادة (٣٠) وبين اختصاص هذه المحاكم فى مسائل الإرث وفقا للمادة ٣١ محل البحث . ففى هذه الحالة الأخيرة يكفى لاختصـــاص المحاكم المصرية بدعاوى الإرث أو الدعاوى المتعلقة بالتركة أن تكون بعض أموال التركة فى مصر ولو كان المال محل النزاع كائنا فى دولة أجنبية [1].

غـــير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة فى دولة أجنبية علـــى مـــا سنرى فى موضعه عند التعرض للاستثناء الوارد على القاعدة العامة فى شأن الاختصاص بمسائل التركات .

ونشـــير فى النهاية إلى أن عدم توافر أحد ضوابط الاختصاص الـــثلاثة المتقدمة لايحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث أو بالدعـــاوى المتعلقة بالتركة مادام أن للمدعى عليه موطن أو محـــل إقامة فى مصر وفقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٩ من قانون المرافعات .

---

(١) هشام صادق ص ١٣٧ .

٢١٦- قبول الخصم ولاية المحاكم المصرية :

تنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات على أن : "تختص محاكم الجمهوريـــة بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا " .

فالقانون الدولى الخاص يسمح لإرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة القانونية القائمة فيما بينهم .

فإذا كان للإرادة دور فى تحديد الاختصاص التشريعى ، فيكون لها من باب أولى ذات الدور فى تحديد الاختصاص القضائى .

ويطلق على الاتفاق الإرادى على تحديد المحكمة المختصة اسم الشرط المانح للاختصاص .

فـــيجوز للخصـــوم قـــبول ولايـــة القضـــاء المصرى رغم أن النصـــوص الـــواردة فى هذا الشأن، لاتجعل النزاع فى ولاية هذه المحاكم .

وأساس قاعدة الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ليس هو عدم تعلـــق هذه القواعد بالنظام العام . وإنما أساسها هو حماية مصالح الأفراد [(١)].

وقبول اختصاص محاكم الجمهورية قد يكون صريحا وقد يكون ضـــمنيا وهو فى الحالتين قد يكون من جانب المدعى كما قد يكون

---

(١) نبيل اسماعيل ص ١٩٨ .

مــن جانــب المدعى عليه وهذا هو الغالب – وقد يكون من جانب الطرفين .

والقبول الصريح يتحقق عادة بالنص عليه فى التصرف القانونى الــذى تســتند إليه الدعوى . وغالبا ما يكون قبول الاختصاص فى هذه الحالة عاما فلا يقتصر على دعوى بعينها .

أمــا القــبول الضمنى فهو ما يحمل عليه سلوك الخصم . وهو يتحقق عادة من ناحية المدعى برفع دعواه أمام محاكم الجمهورية. ويــتحقق بالنسبة للمدعى عليه إذا ما رفعت عليه الدعوى أمام هذه المحــاكم فحضــر ولم يتمسك بعدم اختصاصها بالدفع به فى أول الخصومة .

أمــا إذا حضــر ودفع بعدم الاختصاص تعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا على المادة ٣٢ أنه :

" تجــيز المادة ٣٢ عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية إذا قبل الخصــم ولايــتها صراحة أو ضمنا وقد سوى المشرع بين القبول الصــريح والقبول الضمنى فى هذا الشأن معالجا بذلك ما وجه من نقــد إلى نص المادة ٨٦٢ من القانون القائم بسبب اقتصار حكمها علــى حالــة القــبول الصــريح ، ومعمما هذا الحكم بحيث يشمل

المـــنازعات فى مواد الأحوال العينية وفى مواد الأحوال الشخصية على السواء " ولايحمل غياب المدعى عليه على قبوله الاختصاص، بـــل يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى بعدم اختصاصها وهذا هو ما تنص عليه المادة ٣٥ مرافعات صراحة فى قولها : "إذا لـــم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعـــوى طـــبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاءنفسها". وقدجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعلـــيقا علـــى هذه المادة " تنص المادة ٣٥ على أنه إذا لم يحضر المدعـــى علـــيه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وهى منقولة عن المادة ٨٦٧ من القانون الحالى ، ويبرر حكمها أنه لايمكن أن يستبان من مجرد عدم حضور المدعى عليه قبوله ولاية هذه المحاكم " .

وسند هذا الحكم أن غياب المدعى عليه لايمكن بحال أن يحمل على قبوله اختصاص المحكمة، كما أن إلزامه بالحضور للدفع بعدم الاختصـــاص فـــيه إرهاق له ، خاصة إذا كان مقيما خارج الدولة المرفوعة الدعوى لدى محاكمها .

وقـــبول اختصاص محاكم الجمهورية غير مقيد بنوع الدعوى ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية التى تتعلق بعقار واقع فى الخارج،

إذ لايمكـــن عقــد الاختصـــاص بها لمحاكم الجمهورية على أساس القــبول. ومـــن ثـــم فهـــو يسرى على الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية على السواء.

ويشـــترط الفقـــه لفعالـــية الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحاكم المصرية ، وذلك لتســـهيل عملية تنفيذ الحكم الصادر . فإذا لم تثبت هذه الرابطة جاز للمحاكم المصرية أن تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها .

كمـــا يشـــترط ألا يكون الاتفاق على الاختصاص منطويا على غش. ويظهر ذلك فى الحالة التى يتلازم فيها الاختصاص القضائى مع الاختصاص التشريعى .

غير أنه لايجوز الاتفاق على عدم اللجوء إلى المحاكم المصرية والالـــتجاء إلى سلطة قضائية فى دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم فى دولة أجنبية [١].

٢١٧ـ اختصـاص محـاكم الجمهوريـة بالفصـل فـى المسائل الأولية والطلبات العارضـة والمرتبطة :

تنص المادة ٣٣ من قانون المرافعات على أنه :

" إذا رفعـــت لمحـــاكم الجمهورية دعوى داخلة فى اختصاصها تكـــون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات

---

(١) أحمد مليجى ص ٧٩٦ .

العارضـــة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها ".

وعلـــى ذلـــك فإنـــه مـــتى ثبـــت الاختصاص بدعوى لمحاكم الجمهوريـــة اختصت هذه المحاكم **بالنظر فى المسائل الأولية التى يلزم الفصل فيها للفصل فى هذه الدعوى ، واختصت أيضا بالنظر فـــى الطلبات العارضة** التى تبدى أثناء نظرها سواء قدم الطلب من المدعى (الطلبات الإضافية) أو من المدعى عليه ضد المدعى ردا علـــى دعـــواه (دعـــاوى المدعى عليه) أو من شخص خارج عن الخصومة إلى الخصوم (التدخل) أو من أحد الخصوم فى الدعوى إلـــى شخص خارج عن الخصومة (اختصام الغير) ومن تطبيقاته (دعـــوى الضـــمان الفرعـــية) والحكمة فى ذلك تحقيق حسن سير العدالـــة حتى لاتتشتت أوصال القضية أو يتعطل الفصل فيها بسبب فـــرعى يمكـــن للمحكمـــة التصدى له حتى لو كان الاختصاص به منعقدا لمحكمة أخرى أجنبية .

ومـــثال المسائل الأولية تحديد جنسية أحد الخصوم ، حين يكون هذا التحديد لازما لتحديد اختصاص المحاكم المصرية .

ويطبق قانون القاضى فى تحديد متى يعتبر الأمر مسألة أولية ، ومتى يكون الفصل فيها لازما للفصل فى الدعوى .

ومن جهة أخرى تختص المحاكم المصرية بالطلبات المرتبطة بالطلـــب الأصلى ، وهى التى تتصل بصلة وثيقة بهذا الأخير ، مما يجعــل من المفيد جمعهما أمام محكمة واحدة . ويسرى هذا الحكم على كافة المنازعات ومنها المنازعات العينية .

وقـــد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه : "تقرر المادة ٣٣ اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية المرفوعة إليها فى حـــدود اختصاصها ، كما تختص بالفصل فى كل طلب مرتبط بهذه الدعـــوى ويقتضــــى حسن سير العدالة أن ينظر معها . وهذه كلها أمـــور مسلمة فى فقه القانون الدولى الخاص نص على بعضها فى المـــادة ٨٦٤ من القانون القائم وينسحب على الاختصاص فى مواد الأحـــوال العينـــية رغـــم عـــدم النص عليه فى المادة ٣٣ من هذا القانون، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة " .

غـــير أنه لايجوز سلب اختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى لصــــالح محكمة أجنبية استنادا إلى أن هذه المحكمة تختص بها وفقا لقانونهـــا بوصـــفها مسألة أولية أو طلبا عارضا فى دعوى أصلية قائمـــة لديهـــا وذلك لعدم انتقاص ولاية القضاء الوطنى [1]. كذلك لايجوز التمسك أمام محاكم الجمهورية بقاعدة الجنائى يوقف المدنى

---

(١) نبيل اسماعيل ص ٢٠١ – عز الدين عبد الله ص ٧٣١ .

مــتى كانــت الإجراءات الجنائية متخذة لدى محكمة أجنبية ، وذلك لأن الأحكــام الجنائية الأجنبية لاتحوز فى الجمهورية حجية الشئ المقضى .

٢١٨ـ اختصـاص محـاكم الجمهوريـة بالأمـر بالإجـراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية :

تــنص المــادة ٣٤ مــن قانون المرافعات على أن : " تختص محــاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فــى الجمهوريــة ولــو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية " . فتختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فــى الجمهورية ، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية. حتى لو كانت الدعوى الأصلية منظورة أمام محكمة أجنبية .

ومــن باب أولى تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية إذا كانت تختص بنظر الدعوى الأصلية .

ويقــوم اختصــاص القضـــاء الوطــنى بهذه الإجراءات على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها، وهــو الأمــر الذى تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة والأمن ، كما تستلزمه مقتضيات التعايش المشترك فى الجماعة الدولية [١].

---

(١) هشام صادق ص ١٩٠ .

وبـــناء على ذلك تختص المحاكم المصرية بطلب وضع الأختام والحراسة ، وبيع ما يخشى عليه من التلف ، وغير ذلك من التدابير المقصـــود بهـــا المحافظـــة على الحقوق مثل تقرير النفقة الوقتية للـــزوجة أو للأقارب أو للمصاب فى دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار .

أمـــا إذا كـــان الإجـــراء الوقـــتى يراد استصداره من المحاكم المصـــرية لتنفـــيذه بالخـــارج ، كدعوى مستعجلة بفرض الحراسة القضـــائية علـــى عقار بالخارج ، فإن هذا الاختصاص يخرج عن نطـــاق المـــادة ٣٤ من قانون المرافعات ، ويخضع للقواعد العامة المقـــررة فـــى الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية والتى جاءت خلوا من عقد الاختصاص لتلك المحاكم [١].

وقـــد جـــاء بالمذكـــرة الإيضـــاحية للكـــتاب الرابع من قانون المـــرافعات الملغى تعليقا على المادة ٨٦٣ والتى نقلت عنها المادة ٣٤ من قانون المرافعات الجديد أنه : " جعلت المادة ٨٦٣ للمحاكم المصـــرية وحدها حق الأمر بالتدابير الوقتية والإجراءات التحفظية ولـــو كانـــت غير مختصة بالدعوى الأصلية ، فيجب الالتجاء إليها لوضـــع الأختام أو الحراسة أو بيع ما يخشى عليه من التلف وغير ذلـــك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق . كذلك يلجأ

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢١ .

إليها فى النفقة الوقتية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو للقريـــب الملـــزم بهـــا مال يصح التنفيذ عليه فى الجمهورية . وقد جرى القضاء الفرنسى على اختصاصه بهذه الحالة على أساس أن تدبير النفقة الضرورية العاجلة لإنسان على أرض الدولة أمر يتعلق بالسلام العام " .

كمـــا جـــاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد عن المـــادة (٣٤) مـــا يأتى : " تنص المادة ٣٤ على منح الاختصاص لمحـــاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فـــى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية ، وهى منقولة عن المادة ٨٦٣ من القانون الحالى .

وقـــد أريـــد بهـــذا الـــنص أن يشمل الأحوال العينية والأحوال الشخصـــية على خلاف المادة ٨٦٣ التى جاء حكمها مقصورا على الحالة الثانية دون الأولى " .

وتنفذ الأحكام والقرارات الصادرة فى بلد أجنبى بنفس الشروط المقـــررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام المصرية فيه ، ويطلب التنفـــيذ بدعوى ترفع للمحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ بدائرتها ، فإذا كان ذلك البلد يوجب رفع دعوى لتنفيذ الحكم المصرى ويعطى محاكمـــه حـــق مراجعته فيما قضى به وجب اتباع ذلك أيضا عند تنفـــيذ أحكام هذا البلد فى مصر ، وذلك وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل،

ويقتضـــى هــذا رجوع المحكمة المصرية قبل أن تأمر بالتنفيذ إلى قـــانون البلد الذى صدر به الحكم للوقوفِ عما إذا كان لها مراجعة هــذا الحكــم من عدمه ، وذلك ما لم توجد معاهدة خاصة بذلك إذ تكــون هى الواجبة الاتباع دون نصوص قانون المرافعات- وعلى القدر الذى يراجع به الحكم المصرى تكون مراجعة الحكم الأجنبى، فقد تمتد إلى الأركان الجوهرية فى الحكم ثم إلى الموضوع وما تم فــى شــأنه مــن إجراءات ، ويبحث ذلك وفقا للقانون الذى طبقه الحكم[1].

٢١٩ـ مـدى تعلـق الاختصاص الدولى بالنظام العـام :

يذهب رأى فى الفقه إلى أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر تعتبر متعلقة بالنظام العام [٢].

بيــنما يذهــب الرأى السائد إلى أن قواعد الاختصاص الدولى لاتتعلق جميعها بالنظام العام ، وإنما يعتبر متعلقا بالنظام العام منها ما يمس كيان الدولة الاجتماعى أو السياسى، فكل ما يؤثر فى ذلك أو يتصل به فهو متعلق بالنظام العام. فالاختصاص المتعلق بالأحوال الشخصـــية يمـــس الـــنظام الاجتماعى فى الدولة التى تستأثر بهذا

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٢ .

(٢) أحمد مليجى ص ٧٩٦ - أحمد أبو الوفا ص ٤٥ .

الاختصـــاص وتحـــدد شروطه سواء بالنسبة لمواطنيها أو بالنسبة للأجانـــب المتوطنيـــن بها ، ومن ثم يتعلق هذا الاختصاص بالنظام العـــام بما لايجوز معه الاتفاق على ما يخالفه صراحة بالنص عليه أو ضـــمنا بقبول الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية وحيئذ يعتبر الحكم باطلا بطلانا مطلقا فى مصر فلا يجوز الأمر بتنفيذه (١).

والاختصـــاص المـــتعلق بنظام الأموال فى مصر يمس الجانب الاقتصادى فيها ولذلك فهو يتعلق بالنظام العام . فالدعاوى المتعلقة بالـــتركة والإرث مـــتى كانت التركة قد افتتحت فى مصر أو كان المـــورث مصريا أو كانت أموال التركة أو بعضها فى مصر ينعقد الاختصاص بها للمحاكم المصرية . كما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصـــرية بالدعـــاوى العقارية متى كان العقار موجودا فى مصر ويمتد إلى الدعاوى العقارية الشخصية والدعاوى الشخصية المتعلقة بعقـــار موجود بمصر. وعندما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية وتقـــام الدعـــوى أمامها استنادا إلى نص آخر فى القانون المصرى فإن هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام (٢).

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦- نبيل اسماعيل ص ٢٠٥ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ص٥٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عدم اختصاص المحاكم الإنجليزية بتطليق المدعى عليه المتوطن فى مصر من المدعية هو أمر متعلق بالنظام العام فلا يصححه قبول المدعى عليه وعدم استئنافه فى بلده ثم حضوره فى دعوى النفقة أمام محكمة بلده دون أن يدفع بعدم اختصاصها وتنفيذه أحد أحكام النفقة من تلقاء نفسه معترفا بحكم التطليق " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٦/١٢/١٩٥٤)

٢٢٠ـ قضاء محاكم الجمهورية بعدم اختصاصها إذا لم يحضر المدعى عليه :

(راجع بند ٢١٦) .

٢٢١ـ ثانيا : الإجراءات :

رأينا أن المادة ٢٢ من التقنين المدنى تنص على أن : " يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات " وعلى ذلك فإن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع لأن هذه القواعد تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة وتكفل حسن سير القضاء ، فهى لذلك تتصل بالنظام العام ولايتصور أن تختلف قواعد المرافعات باختلاف جنسية المتقاضين .

٢٢٢ـ المقصود بالإجراءات :

نشيربادئ ذى بدء إلى أن تحديد ما يدخل فى نطاق الإجراءات، هــو مسألة تكييف ، والتكييف يخضع – وفقا لنص المادة العاشرة مــن القــانون المدنـــى – للقــانون الوطنى ومؤدى ذلك أنه يتعين الــرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون المصرى لمعرفة المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الإجراءات ، وليست فى الموضوع .

ويدخــل فى الإجراءات إجراءات الخصومة منذ نشأتها إلى أن تنــتهى فهى تشمل البيانات التى يجب أن تتوفر فى صحيفة افتتاح الدعــوى ، ومواعــيد الحضــور وجزاء النقص فى هذه البيانات ومخالفــة المواعــيد ، وقيد الدعوى وميعاده وجزاء عدم القيد فى الميعاد ، وأثر غياب الخصوم فى سير الخصومة، ووقف الخصومة وانقطاعهــا . والحكم فى الدعوى والطعن على هذا الحكم بالطرق المقررة ثم نظر الطعن فالحكم في تنفيذ الحكم والإشكال فى تنفيذه .

ويذهــب القضاء الأنجلوسكسونى بصفة عامة إلى تطبيق قانون القاضى فى شأن التقادم بوصفه من مسائل الإجراءات ويميل جانب مــن الفقــه الفرنسى إلى الأخذ بنفس الحل على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع .

ويــرى جانــب آخر من الفقه الفرنسى مؤيدا من بعض أحكام القضــاء تطبيق قانون موطن المدين ، على أساس أن التقادم يهدف أساسا إلى حماية المدين .

بيـــنما يذهب رأى فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى- نفضله- إلـــى خضوع التقادم للقانون الذى يحكم الموضوع . فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الحق ، ومن ثم فإن القانون الذى يسرى فى شأنه هو نفس القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع [١].

ولاشك أن هذا الحل الأخير يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بســقوط حقــه بالتقادم وفقا لقانون موطن المدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلى . ويرتب على هذا الاتجاه أن يخضع التقادم فـــى دعـــاوى الحالة للقانون الشخصى بوصفه القانون الذى يحكم الموضـــوع كمـــا يخضع التقادم المسقط للحق العينى لقانون موقع المـــال لـــتعلق الأمر فى هذا الفرض بمركز الأموال أسوة بالتقادم المكسب [٢].

ولاتعتـــبر أهلـــية التقاضى- وفقا للرأى الراجح فى الفقه- من مســـائل الإجراءات، وبالتالى فهى لاتخضع لقانون القاضى . وإنما تعتـــبر أهلية التقاضى مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية وفقا لـــنص المـــادة (١١) من التقنين المدنى . وبالنسبة لأهلية الشخص الاعتبارى فيسرى عليها قانون مركز الإدارة الرئيسى .

---

(١) هشام صادق ص ٢١١ .

(١) هشام صادق ص ٢١٢ – عز الدين عبد الله ص ٧٩٩ .

والمقصود بأهلية التقاضي على هذا النحو هو أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضي بعد ثبوته للشخص . أما أهلية الوجوب ، أو مدى حق الشخص فى الالتجاء إلى القضاء ابتداء ، فهى تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص تمتعه بالحق فى إقليمها، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة . وللوطنيين عادة حق الالتجاء إلى قضاء دولتهم . أما الأجانب فقد تقيد الدولة حقهم فى الالتجاء إلى قضائها وفقا لما تقضى به القواعد المنظمة لمركز الأجانب فيها (١).

كذلك لاتعتبر الصفة من قواعد الإجراءات فلا تخضع لقانون القاضى، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع .

وبالنسبة لقواعد الإثبات ، فإن القواعد الموضوعية فى الإثبات كمحل الإثبات وعبء الإثبات تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع.

أما الإجراءات المتعلقة بالإثبات ككيفية سماع الشهود أو الاطلاع على المستندات أو إجراءات الإدعاء بالتزوير أو استجواب الخصوم فتخضع لقانون القاضى (٢).

---

(١) هشام صادق ص ٢٠٥ ومابعدها-عز الدين عبد الله ص٧٩٥ ومابعدها.

(٢) حامد زكى ص ٤٣٤ ومابعدها - عز الدين عبد الله ص٨٠٠ ومابعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وفقـا للمـادة ٢٢ مـن القـانون المدنى يسرى على قواعد الاختصـاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ولايغير من ذلك ما نصت علـيه المـادة ٩٠٥ مـن قانون المرافعات من أن الدعوى بإثبات النسب ترفع وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قـانون بلـد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع فى إثباتها القواعـد التى يقررها القانون المذكور إذ لم يقصد بها – وعلى ما أفصـحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧١– إلا " تعيين الأحوال التى تقبل فيها الدعوى والمواعيد التى يجب أن تـرفع فيها والقواعد التى تتبع فى إثباتها وهى مسائل تتصل بالحق موضوع النزاع اتصالا لايقبل الانفصام " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٣/١٥)

٢– " المادتـان ٢٧٤ و ٢٧٥ مـن قـانون الـتجارة البحرى المصـرى تتعلقان بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة الـبحرى تحـت عنوان فى عدم سماع الدعوى على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها ، والتى جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان زوال الحقوق بمضى المدة ، مما يقيم فارقا بين

نوعـــى المواعـــيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما، وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحـــق فى ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لاتمس موضـــوع الحقوق المتنازع عليها فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معـــنى المـــادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولايقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفيـــن عـــند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتيـــن المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق على المواعـــيد الـــواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمنا عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لـــدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالـــنظام العام ، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعـــد المرافعات لقانون القاضى ، وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٣- " المادتان ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تتعلقان ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان " فى عدم سماع الدعوى" على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها ، والتى جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان "زوال الحقوق بمضى المدة" مما يقيم فارقاً بين نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما. وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن تمتد السقوط إلى الحق فى ذاته، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لاتمس موضوع الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولايقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل

صـــراحة أو ضـــمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العـــام ، طالمـــا أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المـــرافعات لقـــانون القاضى وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣)

مـــادة (٢٣)

لاتسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لايوجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة دولية نافذة فى مصر .

الشـــرح

٢٢٣ـ عـدم سـريان أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة :

بعد أن نص التقنين المدنى فى المواد (١٠ – ٢٢) على القواعد التى تتبع فى حالة تنازع القوانين مـــن حيث المكان ، أردفت المادة (٢٣) علـــى أنه لاتسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لايوجد نص علـــى خـــلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة دولية نافذة فى مصر .

والمـــراد بالقانون الخاص هو القانون المصرى، فعندما يعرض نزاع على القاضى المصرى، فإنه يرجع إلى قواعد الإسناد لمعرفة القـــانون الواجـــب التطبيق ، ويتعين عليه الرجوع أولا إلى قاعدة الإســـناد الـــتى يحددها القانون الخاص إن وجد حتى لو كانت هذه القـــاعدة تـــتعارض مع قاعدة إسناد أخرى تضمنها القانون المدنى باعتـــباره قانونا عاما فى مجال قواعد الإسناد ، فإذا أشارت قاعدة الإســـناد الـــواردة بالقانون الخاص بتطبيق قانون دولة معينة على الـــنزاع المطـــروح ، بينما أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون

المدنـــى بتطبـــيق قانون دولة أخرى ، فإن القاضى فى هذه الحالة يطـــبق القـــانون الـــذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص.

فـــإذا طبق القاضى أحكام القانون المدنى التى كانت تختلف عن حكـــم القـــانون الخاص كان الحكم مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

ويلجأ المشرع إلى القانون الخاص ليضمن سلامة قاعدة الإسناد وحسن تطبيق القانون الوطنى وحينئذ تتعلق القاعدة بالنظام العام فلا يجـــوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذا أصدر القضاء المصرى حكما بالمخالفـــة لهـــا كان باطلا بشرط أن يطعن عليه ، أما إن حاز قوة الأمـــر المقضى ، تحصن من البطلان إذ تعلو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام [1].

ويسرى هذا الحكم إذا وجد نص على خلاف القانون المدنى فى معاهدة دولية نافذة فى مصر .

فـــإذا اختلفت قواعد الإسناد الواردة بالمعاهدة عن تلك الواردة بالقانون المدنى ، تعين على القاضى تطبيق القواعد الأخيرة وهذا الحكـــم يتمشـــى مـــع القواعد العامة فى تفسير النصوص وفى فقه القانون الدولى الخاص .

---

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ٢٣٧ .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فقواعـــد التفســـير تقضى بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكـــم العام بالنسبة إلى الحالة التى أريد التخصيص فى شأنها أما المعـــاهدات فـــلا تكون نافذة فى مصر إلا إذا صدر تشريع يقضى بذلك . ومتى صدر هذا التشريع وجب إمضاء أحكام المعاهدة وفقا لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التى تقدمت الإشارة إليها " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-(أ) – "يبين من الأعمال التحضيرية الخاصة بأحكام المعاهدة الدولـــية الخاصـــة بتوحـــيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل فى ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٢٤ – أنه إذا هلكت البضـــاعة المشحونة أو لحقها تلف أو نقص وتعذر تحديد حصول هـــذا الهـــلاك – أهو قد حصل قبل الشحن أم بعد التفريغ أم أثناء الرحلة البحرية– فإن الضرر يفترض وقوعه فى فترة النقل البحرى بمعـــنى الكلمـــة– أى فـــى الفترة التى تنقضى بين شحن البضاعة وتفـــريغها فقـــط ، إلا إذا أثبـــت الـــناقل أن الهلاك قد حدث أثناء العملـــيات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ ، وإذن فإذا كان سند الشحن قد نص صراحة على أن الشحن قد تم وفقا لقانون نقل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠٦ .

البضـــائع بطـــريق البحر (معاهدة بروكسل سنة ١٩٢٤) ، وكان الحكـــم المطعـــون فيه قد خلا مما يدل على أن الطاعنتين قد قامتا بإثـــبات أن فقد محتويات الصندوق موضوع الدعوى قد حصل قبل شحنه أو بعد تفريغه، فإن ما انتهى إليه الحكم من تحميلها مسئولية هذا الفقد تأسيسا على حصوله أثناء الرحلة البحرية لا يكون مخالفا للقانون" .

(ب)- " بعـــد أن أوجبـــت الفقـــرة الثالثة من المادة الثانية من معـــاهدة الشـــحن على الناقل أو الربان أو وكيل الناقل بعد استلام البضـــائع و أخذهـــا فى عهدته أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه ســـند شـــحن يتضمن مع بياناته المعتادة بيانات أوردتها فى البنود (أ،ب،ج) مـــن تلـــك الفقرة ، نصت على ما يأتى " ومع ذلك فليس الـــناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزما بأن يثبت فى سندات الشحن أو يـــدون فيها علامات أو عدد أو كمية أو وزن إذا توافر له سبب جدى يحمله على الشك فى عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلا أو عـــندما لاتتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك " ، ومؤدى ذلـــك أن مثل ، هذا التحفظ الذى يدونه الناقل فى سند الشحن تدليلا علـــى جهلـــه بمحـــتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونـــة عـــنها بسند الشحن لا يعتد به ولايكون له اعتبار فى رفع مســـئوليته عـــن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب

جديـــة للشـــك فى صحة بيانات الشحن ، أو لا يكون لديه الوسائل الكافـــية للـــتحقق من صحة هذه البيانات ، ويقع عبء إثبات جدية أســـباب هـــذا الشـــك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة تلك البيانات على عاتقه ، فإن عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل علـــى هـــذا الـــتحفظ ، فإذا كان لايبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين قد قامتا بإثبات شئ مما سبق ، وكانت الفقرة الرابعة من المـــادة الثالـــثة من المعاهدة سالفة الذكر تنص على أنه "يعتبر سند الشـــحن المحـــرر بهذه الكيفية (المبينة فى الفقرة الثالثة فى المادة الثالثة) قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها طـــبقا للفقرة الثالثة "أ، ب، ج" من هذه المادة ما لم يقم الدليل على خـــلاف ذلك " ، فإن الطاعنتين لاتفيدان من شروط التحفظ المدون فى سند الشحن" .

(ج)- " غير منتج النعى على الحكم الابتدائى إشارته فى أسبابه إلـــى وزن الصـــندوق عند شحنه ونقص هذا الوزن عند تسلمه فى الجمـــرك، فى حين إنه لم يدون فى سند الشحن وزن هذا الصندوق بـــالذات ، إذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتمد على أسباب الحكم الابـــتدائى فـــى هـــذا الخصوص، وإنما أقام قضاءه بفقد محتويات الصندوق على أسباب أخرى خلاف نقص وزنه كافيه لحمله" .

(د) – " تحديد مسئولية الناقل الواردة فى الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة فى سنة ١٩٢٤ لايسرى فى حالة الغش وإنما يسرى فيما دون ذلك من حالات الخطأ جسيما كان أو غير جسيم ، ويشترط فى الغش الذى يحرم الناقل من الإفادة من هذا التحديد أن يكون منسوبا إليه شخصيا، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن ما حدث بالصندوق من تلف أو عبث كان بطريق الغش إلا إنه لم ينسب هذا الغش إلى الشركة الناقلة شخصيا وإنما نسبه إلى عمالها ولكنه قضى بالرغم من ذلك على الطاعنتين بالتعويض كاملا من غير تقيد بالتحديد الوارد فى تلك المادة، فإنه يكون مخالفا للقانون بما يستوجب نقضه".

(هـ)– " إذا كان الواقع فى الدعوى أن سند الشحن لم يدون فيه قيمة البضاعة المشحونة فإنه طبقا للفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة سنة ١٩٢٤ يجب ألا يتعدى التعويض المستحق عن فقد تلك البضاعة مبلغ مائة جنيه استرلينى تساوى بالجنيهات المصرية ٩٧ جنيها و٥٠٠ مليم – ولايعتد فى هذا الصدد بالقول بوجوب دفع مبلغ المائة جنيه استرلينى بقيمتها الذهبية طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المعاهدة لبطلان شرط الذهب فى هذا الخصوص– على ما جرى به قضاء محكمة النقض ".

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١)

٢- (أ)- " لمـــا كانـــت معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعـــد المـــتعلقة بسند الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوما بقانون في ٣١ مـــن يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ من مايو سنة ١٩٤٤ تـــنص فـــى مادتهـــا العاشرة على أن " تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل فى إحدى الدول المتعاقدة " فإن مفـــاد هذا النص – وقد ورد فى المعاهدة التى أصبحت تشريعا نافذ المفعـــول فـــى مصر – أن أحكام هذه المعاهدة لاتسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحرى بين الناقل والشاحن إلا إذا كان ســـند الشـــحن صادرا فى دولة موقعة عليها أو منضمة إليها. وإذ لاتعـــدو هـــذه المعاهدة أن تكون معاهدة دولية فى الملاحة البحرية لتنظـــيم بعض علاقات القانون الخاص بين رعايا طائفة من الدول، فـــإن مـــؤدى ذلك أنه يشترط لتطبيقها أن تكون العلاقة بين الناقل والشـــاحن ذات عنصر أجنبى وأن ينتمى طرفاها بجنسيتهما لإحدى الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها " .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

(ب)- " إذا كانـــت معـــاهدة بروكسل لاتنطبق فى صدد النقل الـــبحرى الدولـــى إلا فى نطاق محدود ، فإنه لايكون من شأن هذه المعـــاهدة أن تؤثـــر خـــارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة

البحرى السابقة عليها بما يعد نسخا لها لأن التعارض وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه " .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٣- " تنص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن والتى وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليه وأصدرت مرسوما بقانون فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ ، فى مادتها العاشرة على أن تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل فى إحدى الدول المتعاقدة ومفاد هذا النص- وقد ورد فى المعاهدة التى أصبحت تشريعا نافذ المفعول فى مصر- أن أحكام المعاهدة تسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحرى بين الناقل والشاحن إذا كان سند الشحن محررا فى دولة من الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها وكان الناقل والشاحن ينتميان لإحدى تلك الدول وأن يكون النقل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين . ولما كان الثابت من الأوراق أن سند الشحن الذى استندت إليه الطاعنة (وزارة التموين المرسل إليها) قد حرر فى إيطاليا لنقل الشحنة من ميناء إيطالى إلى ميناء مصرى، وأن كلا من الشاحنة والشركة الناقلة تحمل الجنسية الإيطالية ، وكانت إيطاليا من الدول التى انضمت إلى معاهدة بروكسل ، فقد وجب

تطبيق أحكام هذه المعاهدة على واقعة النزاع وإذ كانت الدعوى قد رفعـت قـبل مضى المدة المنصوص عليها فى الفقرة السادسة من المـادة الثالثة من تلك المعاهدة وهى سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى ينبغى تسليمها فيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ مـن قـانون التجارة البحرى ، يكون قد خالف الناقل وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

٤- " إذا كـان يبين من الاطلاع على مذكرة الطاعنة الأولى – وزارة التموين- المقدمة أمام محكمة أول درجة ، ومذكرتها المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنها ردت على دفع المطعون عليها الأولى- الشـركة الـناقلة- بعـدم قـبول الدعـوى لعدم مراعاة المواعيد المنصـوص علـيها فى المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى، بأن سند الشحن موضوع الدعوى يخضع لأحكام معاهدة بروكسل وتقضى المادة ٦/٣ منها بأن دعوى المسئولية عن الهـلاك أو التلف تتقادم بمضى سنة من تسليم البضاعة أو التاريخ الذى كان يجب تسليمها منه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يبحث ما إذا كـان سـند الشحن يتضمن اتفاقا بين طرفيه على تطبيق أحكام المعاهدة سالفة الذكر، ولايعتبر ما أثارته الطاعنتان بهذا الخصوص

سببا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك أنه إذا كـان سـند الشـحن لايخضع للمعاهدة الدولية المذكورة طبقا للشروط التى أوردتها المادة العاشرة منها، فإن للطرفين أن يتفقا فى السـند على خضوعه لأحكامها، ولما كان سند الشحن مثار النزاع معروضـا علـى محكمة الموضوع فكان يتعين عليها والطاعنتان تتمسكان بتطبيق أحكام المعاهدة على واقعة الدعوى أن تبحث جواز انطباقها سواء لتوافر الشروط التى نصت عليها المادة العاشرة منها أو لوجـود اتفاق بين الطرفين على تطبيق أحكامها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى قـد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وقضى بعدم قبول الدعوى ، وبعـدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون عليها الأولى تطبيقا للمادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى ، فإنه يكون معيبا بالقصور ".

(طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠)

٥- نـص المادتيـن الأولـى والثانـية من الاتفاقية الخاصة بالاعـتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبيين . مفاده. اعتراف كل دولـة منضمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقا لقواعد المرافعات المتبعة بها ما لم يثبت المحكوم ضده توافر إحدى الحـالات الخمس الواردة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة من

الاتفاقـية أو يتبين للسلطة المختصة أنه لايجوز تسوية النزاع عن طـريق التحكـيم أو أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام " .

(طعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)

٦- " الاتفاقـية الـتى تبرمها جمهورية مصر العربية مع دولة أخـرى لتنظيم مسألة بعينها تتعلق برعايا أى منهما تصبح بصدور القـرار الجمهورى الخاص بها تشريعا نافذا فى مصر تطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانونا " داخليا" ومن ثم فإنها لاتعد عملا من أعمال السيادة التى يخرج عن ولاية المحاكم نظر النزاع بشأنها " .

(طعـون أرقـام ٣٦١٧، ٣٨٢٢، ٣٨٢٦، ٣٨٤٦، ٣٨٦٨ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٥)

٢٢٤ـ تعريف المعاهدة :

المعاهدة هى اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة. وقد تـنعقد المعـاهدة بين دولتين فقط ، وتسمى حينئذ بالمعاهدة الثنائية Traité Biliatéral وقد يتم عقدها بين مجموعة من الدول وتسمى بالمعـاهدة الجماعـية Traité Collectif وقد ينص فى المعاهدة الجماعـية علـى إباحـة انضـمام أية دولة لم تشترك فى الاتفاق

الأساسى إليها، وذلك لتيسير امتداد دائرة تطبيق أحكام المعاهدة فى المستقبل. ويطلق على هذا النوع من المعاهدات اسم اتحاد .

والمعاهدات هى المصدر المباشر الأول لإنشاء قواعد قانونية دولية ، غير أن هذه القواعد تظل نسبية من حيث قوة إلزامها إذ أن الأحكام التى تقضى بها لاتسرى إلا فى مواجهة الدول الأطراف فيها [١].

٢٢٥ـ نفاذ المعاهدة فى مصر :

ينظم دستور سنة ١٩٧١ نفاذ المعاهدات فى مصر إذ تنص المادة (١٥١) منه على أن :

" رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها " .

وعلى ذلك فإن المعاهدة التى تتضمن الاتفاق على قواعد للإسناد، يبرمها رئيس الجمهورية يكون لها قوة القانون بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها .

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٩ – حامد زكى ص ٥٩.

وهذه المعاهدات لايجوز إلغاؤها إلا باتفاق بين جميع الدول التى أبرمتها إذ ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت وفقا لأحكام الدستور.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن وفــاق ســنة ١٩٠٢ هــو معاهدة مبرمة بين مصر والســودان وليس لإحدى الدولتين أن تتحلل من أحكامه بعمل منفرد أخذا بأحكام القانون الدولى العام فى شأن المعاهدات وعلى القاضى فـــى كل دولة من الدولتين عندما يطلب منه الحكم فى دعوى يكون المدعـــى عليه فيها مقيما فى بلاد الدول الأخرى أن يتحقق من أن إعلانـــه قـــد تـــم وفق أحكام ذلك الوفاق من تلقاء نفسه ولو خالفت أحكامـــه قانونـــه الداخلى سواء كان القانون الداخلى قد صدر قبل إبرام المعاهدة أو صدر بعد إبرامها " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

٢- " أحكـــام وفاق ١٧ مايو سنة ١٩٠٢ – وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض – ملزم لكل من الجمهورية العربية المتحدة وجمهورية السودان وليس لإحداهما أن تعدل عن الطريقة المرسومة فـــيه والـــتحلل مـــن أحكامه بعمل منفرد وذلك أخذا بأحكام القانون الدولى العام فى شأن المعاهدات ، ولأنه وقد صدق على الوفاق من مجلـــس الـــوزراء ونشر فى الوقائع الرسمية فإنه يكون قانونا من قوانين الدولة " .

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٦)

٢٢٦- تفسير المعاهدة:

يقضى النطق بأن القاضى الذى يملك تطبيق النص أن يكون له أيضا سلطة تفسيره . وإذا كان القاضى يملك تفسير النصوص التشريعية التى يقوم بتطبيقها فيجب أيضا السماح له بتفسير نص المعاهدة المطلوب منه تطبيقها .

وإذا كان يخشى من قيام المحاكم بالتفسير نشوء خلاف بين الدول الأطراف فى المعاهدة فالسبيل الوحيد لوضع حد لهذا الخلاف هو اتفاق الدول الأطراف على تفسير جماعى يكون بمثابة اتفاقية تكميلية ويكون لهذا التفسير نفس القوة الملزمة التى تتمتع بها المعاهدة ، ومن ثم يتعين على القاضى الوطنى الأخذ به عند تطبيق المعاهدة على النزاع المطروح أمامه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن للقاضى الذى ينظر الدعوى سلطة تفسير المعاهدة . وهذا مستفاد من تفسير المحكمة ذاتها لبعض نصوص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن .

(راجع نقض: طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١ – طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ – طعن رقم ٢١٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٨ ومابعدها .

مـــادة (٢٤)

تتـــبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص .

الشـــرح

٢٢٧ـ متى يلجأ القاضى إلى مبادئ القانون الدولى الخاص؟

تنص المادة ٢٤ على أنه تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص.

وقد وردت هذه المادة فى التقنين المدنى بعد انتهاء المشرع من اســتعراض النصــوص الواجبة التطبيق لحل تنازع القوانين. ومن ذلــك يتبين أن المشرع خص قواعد تنازع القوانين بمصدر إضافى يــرجع إلــيه القاضى إذا لم يسعفه النص التشريعى . ولم يرد ذكر لهــذا المصــــدر بالنسبة لبقية موضوعات القانون الدولى الخاص. والواقـــع أن المشـــكلات التى تثيرها العلاقات الدولية ذات الطابع الدولـــى لاتختلف من دولة إلى أخرى . ولذلك نجد أن قواعد تنازع القوانيـــن تمـــيزت منذ القدم عن بقية قواعد القانون الدولى الخاص بقـــيامها على بعض أسس مشتركة . وقد ترتب على ذلك كما سبق الإشارة ظهور مبادئ شائعة بين الدول . وهذه المبادئ وإن لم تكن قـــد وصلت إلى مرتبة العرف الدولى الملزم إلا أنها كونت أصولا عامة مشتركة بين الدول .

وقد رأى المشرع وجوب رجوع القاضى إلى هذه الأصول فى المنازعات التى لم يرد بشأنها نص خاص فى النصوص المشار إليها.

ولايقتصـــر القاضـــى عند بحثه عن هذه الأصول العامة على الالتجاء إلى القانون الوطنى .

ذلـــك أن القـــانون الدولـــى الخاص فى جمهورية مصر حديث الظهـــور نســـبيا بحيث يتعذر القول بوجود تراث قانونى كاف من المـــبادئ المهيمنة على هذا الفرع من فروع القانون . وفضلا عن ذلك فالغالبية العظمى من قواعد تنازع القوانين التى طبقتها المحاكم المصـــرية والـــتى أخذ بها المشرع قواعد مستمدة من المبادئ التى تـــبلورت خلال القرون الماضية فى المجتمعات التى سبقتنا فى هذا المجال . وعلى ذلك فإنه يرجع إلى هذه القواعد ذات الطابع الدولى بـــدلا مـــن الرجوع إلى المصدر الاحتياطى العام الذى نصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى بالنسبة لمنازعات القانون الخاص علـــى العمـــوم . وهـــى مبادئ القانون الطبيعى والعدالة . ذلك أن مبادئ القانون الدولى الخاص كما ذكرت بحق بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى " من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القـــانون الطبـــيعى بســـبب تخصيصها فى ناحية معينة من نواحى القانون "[1] الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـــ١ ص ٣٠٨ .

لايكـــون ، فـــى حكم المادة الثانية من القانون المدنى ، إلا إذا ورد النصـــان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا . أما إذا اخـــتلف المحـــل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف الـــنظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منها مجاله الخاص فى التطبيق . ولايمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد ، لأن الشـــارع هـــو الـــذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج فالقاضى المطلـــوب مـــنه تطبيق مبادئ القانون الدولى الخاص سيضطر فى الكثـــير من الأحيان إلى الالتجاء إلى المبادئ السائدة بالنسبة لتنازع القوانين فى مختلف الدول [1].

٢٢٨ـ العرف الدولى :

يقوم العرف الوطنى بدور هام كمصدر للقانون الدولى الخاص، غـــير أن أهميـــته كمصدر تقل عندما يرى المشرع التدخل لتنظيم موضوع معين بقواعد تشريعية .

وتبلغ أهمية العرف أوجها فى تنظيم قواعد تنازع القانون ، فقد كـــان للعرف دور كبير فى تكوين هذه القواعد وتطورها . ويمكن القـــول بأن معظم القواعد التشريعية الحالية فى مادة تنازع القوانين نشـــأت وتم تحديد دلالتها فى كنف العرف قبل أن يتم تقنينها . لذلك فإن العرف لازال محتفظا بأهميته ، ليس فقط بالنسبة للمسائل التى

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٧ ومابعدها .

لـــم يرد بشأنها قاعدة تشريعية بل أيضا بالنسبة للكثير من المسائل الـــتى تنظمها النصوص التشريعية المستمدة من العرف ، إذ يتعين حينئذ الرجوع إلى العرف لتفسير هذه النصوص . ومن أهم الأمثلة علـــى ذلـــك قـــاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، وقـــاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين. وهما قاعدتان انتهت الكثير من التشريعات ومنها التشريع المصرى إلـــى الـــنص عليهما ، بعد أن جرى العمل بهما فى كثير من الدول وطبقهما القضاء خلال حقبة طويلة من الزمن .

ولايقـــل دور العـــرف فـــى تحديـــد قواعد تنازع الاختصاص القضـــائى عنه فى تحديد قواعد تنازع القوانين . فكثير من الأسس الـــتى كانت تبنى عليها المحاكم اختصاصها الدولى ، قبل أن يتولى المشـــرع رسم حدود هذا الاختصاص مستمدة من العرف . ومثال ذلك القاعدة القاضية بأن المدعى يقاضى المدعى عليه أمام محكمة هـــذا الأخـــير وقـــاعدة اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها .

وكثـــيرا مـــا تتشابه القواعد العرفية الوطنية فى مختلف الدول. غـــير أن هذا التشابه لايرقى حتما بهذه القواعد إلى مرتبة العرف الدولـــى. ذلك أن القواعد العرفية الوطنية تستمد قوتها الملزمة من المجـــتمع الداخلـــى للدولـــة التى تطورت فى كنفه ولاتستمدها من

المجتمع الدولى . وفضلا عن ذلك فإن هذه القواعد العرفية لاتتأثر فـــى تعييـــن نطاقهـــا وتفسيرها إلا بالاعتبارات الداخلية وبظروف الدولة الخاصة .

وقـــد رتـــب غالبية الفقه على ذلك عدم وجود عرف دولى فى مجـــال القانون الدولى الخاص . ولكن هذا ينطوى فى رأى البعض علـــى مجافاة الواقع لأننا إذا أعملنا النظر فى الأسس المهيمنة على كـــل موضوع من موضوعات القانون الدولى الخاص لتبين لنا أنه يوجد بمواد القواعد العرفية الشائعة السالفة الذكر فى مختلف الدول مجموعـــة من القواعد يمكن أن ينطبق عليها وصف العرف الدولى الملـــزم للجماعة الدولية . ولايقدح فى ذلك أن هذه القواعد لازالت قلـــيلة العـــدد أو أن نطاقهـــا لازال أحيانا فى حاجة إلى مزيد من التحديد. فذلك فى الواقع شأن الكثير من قواعد العرف الدولى [١].

وتشـــير مذكرة المشروع التمهيدى إلى أنه عملا بالمادة الأولى من التقنين المدنى إذا لم يجد القاضى نصا فى مواد تنازع القوانين كـــان له أن يلجـــأ إلى العرف فإذا لم يجد به حكما لجأ إلى مبادئ القـــانون الدولى الخاص. إذ جاء بها ما يأتى : " تواجه المادة ٥٤ حالـــة عـــدم وجـــود نص فى شأن حالة من أحوال تنازع القوانين وتحـــيل فى ذلك إلى مبادئ القانون الدولى الخاص الأكثر شيوعا ،

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٣ ومابعدها .

وقــد تقدم من قبل أن المادة (١) من المشروع تحيل القاضى إذا لم يجـد نصــا فـــى القانون إلى العرف ثم إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى ، ومن الواضح أن القاضى يرجع أولا إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه فى مسألة مــن مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضى عرفا طبق مبادئ القانون الدولى الخاص الأكثر شــيوعا ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مــبادئ القــانون الطبــيعى بسبب تخصيصها فى ناحية معينة من نواحى القانون "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٠٧ ومابعدها .

مــادة (٢٥)

١- يعيــن القاضـــى القــانون الــذى يجــب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية ، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد .

٢- على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلــى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبــية جنسية تلك الدول ، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه .

الشــرح

٢٢٩- تحــديد القانون المنطبق فــى حالــة عــدم معرفة جنسية الشخص وفى حالة تعدد الجنسيات :

تتعلق المادة (٢٥) بما يسمى بتنازع الجنسيات بوجهيه الإيجابى والسلبى .

فالتنازع السلبى هو حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية، والتــنازع الإيجــابى هو حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد .

والمــادة وإن كانــت تــترك للقاضى تعيين القانون الذى يجب تطبــيقه فـــى حالـــة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية (التنازع السلبى) أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد (التنازع

الإيجـــابى) دون أن يقيده فى ذلك بضوابط معينة . إلا أن المستفاد مـــن مذكـــرة المشروع التمهيدى أن المشرع يقيد القاضى فى هذا الصدد بمعيار الجنسية الفعلية .

فقد جاء بها :

" تقتصر المادة ٥٥ على نقل أحكام المادة ٣٠ من لائحة التنظيم القضـــائى للمحـــاكم المخـــتلطة فتنص فى فقرتها الأولى على أن القاضـــى يعين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالتى التنازع السلبى (عـــدم وجـــود جنسية للشخص) والتنازع الإيجابى للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) دون أن تقيده فى هذا التعيين بقيد .

وتنص فقرتها الثانية على تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها شخص واحد وهذا مبدأ عام اســـتقر فـــى العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالســـيادة ولايقبل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها . ويراعى أن تخويل القاضى سلطة التقدير وفقا لأحكام الفقرة الأولى خير من تقيـــيده بضوابط تحد من اجتهاده والغالب أن يعتد القاضى فى حالة التـــنازع الســـلبى للجنسية بقانون موطن الشخص (المادة ٢٩ من قـــانون إصدار التقنين الألمانى وهى تنص أيضا على جواز تطبيق قـــانون آخـــر جنســـية للشخص) أو محل إقامته (المادة ١٩ من

التقنيــن الإيطالى الجديد) وهو القانون المصرى فى أكثر الفروض وأن يعتد فى حالة التنازع الإيجابى متى كانت الجنسية غير داخلة فــى النزاع بالجنسية التى يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها " .

وهــذا المعنى الوارد بالمذكرة الإيضاحية هو ما أكدته محكمة العدل الدولية فى حكم لها بتاريخ ٦ أبريل ١٩٥٥ أوضحت فيه أن أســاس التفضــيل عــند تعدد الجنسيات هو " الجنسية الفعلية " أى الجنسية التى تتفق مع الواقع والتى تقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التى تتنازع جنسياتها .

ولا بــأس فى هذا الصدد من الاستعانة فى تحديد فكرة الجنسية الفعلية بموطن الفرد ومقر مصالحه وروابطة العائلية واشتراكه فى الحياة العامة فى الدولة وكذلك رغبته فى الارتباط بدولة معينة .

واســتظهار الجنسية الفعلية على هذا النحو مسألة واقع تخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع [(١)].

ولاتخضع لرقابة محكمة النقض .

---

(١) هشــام صادق ص ٢٥٠ وما بعدها – جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٢ ومابعدها .

٢٣٠- حالة الأشخاص متعددو الجنسية الذين يكون من بين جنسياتهم الجنسية المصرية :

بينت الفقرة الثانية من المادة حكم الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبـــية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، وأوضح أن القانون المصـــرى هو الذى يجب تطبيقه أى أن النص يعتد بجنسية بلد هذا الشـــخص ، إذ يغلـــب هذه الجنسية على الجنسيات الأخرى . وهذا مبدأ عام استقر فى العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولايقبل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها[١] .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣١٠.

مـــادة (٢٦)

مـــتى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجـــب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القـــانون الداخلـــى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها .

الشـــــرح

٢٣١ـ تحديد قانون الجنسية لبلد تتعدد فيه الشرائع :

إذا أشـــارت قـــاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لنزاع معين ، وكان هذا القانون غير موحد أى تتعدد فيه التشريعات وهـــو ما يطلق عليه الدول ذات النظم المركبة ، وذلك سواء أكان هـــذا التعدد إقليميا بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمى معين كما هو الشأن فى الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا أم كان شخصيا بأن تختص كل شريعة بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشـــأن فـــى مصر ومعظم دول الشرق الأوسط – ففى هذه الحالة يكون أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق متروكا لقانون هذه الدولة، وبعـــبارة أخرى متروكا لقواعد الإسناد الداخلى فى هذه الدولة ومن ثم فلا محل لإخضاعه لقانون القاضى [١].

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٥ ومابعدها .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

تواجــه المادة ٥٦ حالة تعدد الشرائع التى يتكون منها القانون الواجــب تطبــيقه فى دولة معينة (لتعدد القوانين التى تطبق على المصــريين فــى شــأن الزواج بسبب تطبيق نظام الطوائف غير الإسلامية) وتقضى فى هذه الحالة بأن القانون الداخلى لهذه الدولة هو الذى بعين الشريعة التى يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع وقد استمد المشروع الحكم الوارد فى هذه المبادئ من التشريع البولونى الصــادر فى سنة ١٩٢٦ (م٣٧) ومما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء بوجه عام " (١).

---

(١) مجموعــة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٣٣- وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم " الإحالة الداخلية " . فجاء بهــا : " ويراعى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة ، ولو أن بعض الفقهــاء يطلــق علــى هذه الصورة الأخيرة اسم " الإحالة الداخلية " ، والواقــع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة ، ولكــن هــذا القــانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر ، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته ، وإنما هذه الولاية تكون موزعــة بيــن شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلــى فــى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع . وبعبارة أخرى يتخلى قانون الدولة عن لختصاصه فى الإحالة

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كـــان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالى وزوجة مصـــرية فـــتحكمه المـــادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون المصـــرى هـــو الواجب التطبيق ، فإذا كان الزوج يهودى الديانة وكانـــت الـــزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصرى الواجب التطبـــيق هـــو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية . وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت علـــى أنـــه " تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحـــاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طـــبقا لتلك القواعد " ، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فـــى فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بـــأن لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على

ويرد هذا الاختصاص إلى دولة أخرى بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولى ما بين القوانين أما فى الإحالة الداخلية فلا يـــتخلى قـــانون الدولة عن اختصاصه وإنما هو يعين من بين الشرائع المطـــبقة فـــيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلى ما بين القوانين " .

(المرجع السابق ص ٣١٣) .

الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، وكان الثابت فى الدعوى أن الـزوجة مسـيحية كاثوليكية لاتدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طـلاق زوجهـا إياها تكون غير مسموعة ولايترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلـى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم١٧لسنة ٢٨ ق "أحوال شخصية" جلسة١٧/١١/١٩٦٠)

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد فى القانون غير الموحد تفيد تطبيق هـذا القانون الداخلى أو ذاك بحيث يكون لكل من القوانين الداخلية قواعده الخاصة بالإسناد الداخلى فإنه يتعين التفرقة بين حالتين :

(الأولـى) أن تـتطابق قواعد الإسناد الداخلية فى هذه القوانين، كما هى الحال فى المملكة المتحدة والولايات المتحدة ، حيث تنص قواعـد تنازع القوانين فى قوانينها على الأخذ بقانون الموطن، فإن المشـكلة تعـد محلولة ، فالقاضى الأجنبى (فى جمهورية مصر) الـذى أشارت قاعدة الإسناد فى قانونه تطبيق القانون الإنجليزى أو الأمريكى سيطبق فى النهاية القانون السائد فى الدويلة أو المقاطعة أو الإقلـيم المتوطـن فيه الشخص ويحل النزاع نهائيا وفقا للقواعد الموضوعية فى هذا القانون الأخير .

لكن الصعوبة تقوم إذا اختلفت قواعد الإسناد الداخلية المذكورة، بحيث لانستطيع ترجيح قاعدة على أخرى .

أو إذا تبين أن الشخص، فى حالة تطابق هذه القواعد متوطن فى الخارج ، إذ لانستطيع الأخذ بالقانون السائد فى هذا الموطن وإلا نكون قد أخذنا بفكرة الإحالة ، ذلك لأنه إذا كانت هذه الإحالة جائزة فى بعض التشريعات فإنها ممنوعة فى تشريعات أخرى كالتشريع المصرى فى المادة ٢٧ من القانون المدنى والتشريع السورى فى المادة ٢٩ من القانون المدنى والقانون الإيطالى فى المادة ٢٠ من القانون المدنى الإيطالى الجديد .

وقد أخذ القضاء المصرى من هذا الشأن برأى فى الفقه ، يطبق الشريعة الرئيسية فى البلد أى قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته .

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ أول مايو سنة ١٩٥٨ فى الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق " أحوال شخصية " بأن :

(أ) " يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدنى أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون

المصـــرى الـــذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة . فإذا كان الثابت أن الـــزوج مـــالطى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطن فى مالطة أو فى غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطـــنه هو القطر المصرى فإن القانون الواجب التطبيق فى طلب التطلـــيق يكـــون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته ".

(ب)- " تشـــمل الجنســـية البريطانـــية وفقـــا لقـــانون الجنسية الـــبريطانى الصـــادر فـــى ١٩٤٨ جمـــيع رعايا المملكة المتحدة والمستعمرات ومنها مالطة " .

أمـــا إذا لـــم توجد قاعدة إسناد داخلية فى القانون الأجنبى، أو كانـــت هـــذه القاعدة تشير بتطبيق قانون دولة أخرى ، ففى الحالة الأخـــيرة تكـــون بصدد إحالة لايقرها القانون المصرى وفقا لنص المادة ٢٧ من التقنين المدنى كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كانـــت المادة ٢٥ من القانون المدنى تنص على أن " يعين القاضـــى القـــانون الـــذى يجـــب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعـــرف لهـــم جنسية ... " وكان الحكم المطعون فيه قد خلص- إعمـــالا لحكـــم هذا النص - إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبـــيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيما يتعلق بمسألة من

مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لاتعرف لهما جنسية ، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطان القانون الداخلى فــى مصر ، وبالتالى تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين مــن حيــث تحديــد الشريعة التى تحكم النزاع . وإذ التزم الحكم المطعون فيه تحديد تلك الشريعة بالضابط الذى وضعه المشرع فى المــواد ٦، ٧ مــن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشــرعية والملــية و ٢٨٠ مــن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومــؤداه تطبــيق الشــريعة الإســلامية على المسلمين وعلى غير المســلمين المخــتلفى الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفية على غــير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، وخلص إلى إنزال أحكام شريعة طائفة الأرمن الأرثوذكس– التى ينتمى إليها الطرفان– على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٥/١١/٢٦)

مــادة (٢٧)

إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص .

الشــرح

٢٣٢ـ تعريف الإحالـة :

يقصــد بالإحالــة تلك النظرية التي تقول بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القــانون الوطــني مادامت هاتان القاعدتان الواردتان في القانونين مختلفين من حيث الحكم .

فالقاضــي إذا حــدد القــانون الأجنبي الذي نصت عليه قاعدة الإســناد الــواردة في قانونه ، لايطبق مباشرة الأحكام الموضوعية المنصــوص عليها في القانون الأجنبي ، وإنما يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في هذا القانون ، وتلك هي التي تحدد له القــانون الواجب التطبيق ، فإن أحالت إلى قانون آخر ، تعين على القاضي الانتقال إلى قواعد الإسناد الواردة بالقانون الأخير لمعرفة القانون الذي تشير عليه بتطبيقه ، فتكون الإحالة هنا من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى ، أي إحالة دولية ، ومعنى ذكر لفظ "الإحالة" أنــه يعــني الإحالة الدولية ولاتتحقق الإحالة إلا إذا اختلفت قاعدة

الإســناد فــى قــانون القاضى عنها فى القانون الأجنبى كأن تشير الأولى إلى قانون الجنسية بينما تشير الثانية لقانون الموطن [١].

ومــثال ذلك : نجد أن فى القانون المصرى تشير قواعد الإسناد بوجــوب تطبــيق قــانون الجنســية فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب (الحالة والأهلية .... الخ) ، فإذا فرض أن كانت المسألة موضــوع الــنزاع متعلقة بانجليزى ورجعنا إلى القانون الإنجليزى (قــانون الجنسية) لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون الموطــن ، فإذا كان الشخص متوطنا فى مصر أو فى دولة أخرى وأخذنا بنظرية الإحالة لوجب تطبيق القانون المصرى أو قانون هذه الدولة الأخرى بحسب الأحوال .

أما إذا كان الشخص فرنسيا مثلا فإن قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسى تشير بعين الحكم الذى تشير به قاعدة الإسناد المصرية أى تقضــى بتطبــيق قانون الجنسية ، ومن ثم فلا محل للأخذ بنظرية الإحالة فى هذه الحالة [٢].

٢٣٣ـ صــور الإحــالة :

تأخذ الإحالة إحدى الصور الآتية :

---

(١) المستشــار أنور طلبه ص ٥٦٧ وما بعدها – جــابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٤ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٤ ومابعدها .

(الأول) وفـيها يؤدى تطبيق قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى إلـى الـرجوع إلـى القانون الوطنى (قانون القاضى) من جديد وتطبـيقه فـى قواعده الموضوعية وتسمى الإحالة فى هذه الحالة بالرجوع .

(الثانـية) وفـيها يـؤدى هـذا التطبيق إلى الأخـذ بالقواعد الموضـوعية لقـانون بلد ثالث وتسمى الإحالة هنا كما تسمى فى الحالة الأولى أيضا بالإحالة ذات الدرجة الواحدة .

(الثالـثة) وفيها يؤدى تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قـاعدة الإسـناد فى قانون ثالث ، ثم تطبق قاعدة الإسناد فى قانون دولـة رابعة عملا بقاعدة الإسناد هذه وهكذا حتى نصل إلى قانون نطبقه فى قواعده الموضوعية بل ويحتمل ألا نصل إلى هذا القانون إذا سـرنا مـع منطق الإحالة إلى نهايته ، وتسمى الإحالة فى هذه الصورة بالإحالة ذات الدرجات المتعددة .

والصورة الثالثة مثالها أن يوصى انجليزى متوطن فى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء إقامته فى إيطاليا بأموال منقولة موجودة فى مصـر ، فإذا فرض ورفع أمر هذه الوصية إلى القاضى المصرى للفصل فى صحتها فإن يطبق قاعدة الإسناد المصرية فيجدها تشير بوجـوب تطبـيق قـانون الجنسية (م١/١٧) ، فإذا رجعنا إلى هذا القـانون وهـو القـانون الانجليزى لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير

بتطبــيق قــانون الموطــن وهو القانون الأمريكى فإذا طبقنا قانون الإسناد فى هذا الأخير وجدناها تنص على تطبيق قانون الجهة التى تــم فــيها التصرف (الوصية) أى القانون الإيطالى وتشير قاعدة الإســناد فــى هــذا القــانون بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الانجليزى ، وهكذا تبدأ الحلقة من جديد إلى ما لا نهاية اللهم إلا إذا قمــنا بتحطــيم هذه الحلقة بإيقاف الإحالة عند حد معين ، وهو ما تقــول بــه المحاكم والتشريعات غالبا حيث تقضى أو تنص بإيقاف الإحالة عند الدرجة الأولى .

ويجــب عــدم خلط الإحالة بمعناها السالف بالإحالة الداخلية أو الــتفويض الذى أشرنا إليه سلفا . فالإحالة بالمعنى الذى نقصده هنا تثبــت فيها الولاية لدولة معينة ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر ، أما الإحالة الداخلية (التفويض) فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع مــتعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلى فى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع[١] .

٢٣٤ـ القانون المصرى لا يأخذ بالإحالة :

اتخذ المشرع المصرى موقفا حاسما من نظرية الإحالة ، فنص فــى المادة (٢٧) على أنه : " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٥ ومابعدها .

التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص " .

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بالإحالة ، وألزم القاضى الوطنى إذا أرشدته قاعدة الإسناد الواردة فى قانونه إلى القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، فعليه اللجوء مباشرة إلى النصوص الموضوعية الواردة بهذا القانون وتطبيقها على النزاع ، ويمتنع عليه تطبيق أحكام هذا القانون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص، وهى أحكام الإسناد أو بعبارة أخرى أحكام تنازع القوانين (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " تنص المادة ٢٤ على وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى تقضى النصوص التالية بتطبيقه دون القواعد التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص . وهى بهذا لا تجيز الأخذ بفكرة الإحالة وتعمم الحكم الوارد فى المادة ٣١ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فلا تقصره على الأحوال التى نصت عليها هذه اللائحة بل تجعله شاملا لقواعد الإسناد جميعا".

---

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص٢١٠ - جابر جاد عبد الرحمن ص ٦٣٢ ومابعدها .

٢- ولم ينهج المشروع نهج بعض التشريعات فى إجازة الإحالة إذا كـــان من شأنها أن تفضى إلى تطبيق القانون الوطنى (م٢٧ من قـــانون إصــــدار التقنين المدنى الألمانى و ٢٩ من القانون الملحق بالتقنيـــن الـــيابانى) أو فى إجازة الإحالة إطلاقا (م٣٦ من القانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٢٦) ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة ، وفـــى قـــبول الإحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة .

وقـــد احـــتذى المشروع فى الإعراض عن فكرة الإحالة حدود المادة ٢٠ من التقنين الإيطالى الجديد وإن كان القضاء المصرى قد أخذ بهذه الفكرة فى أحكام قليلة " (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣١٥ ومابعدها .

مادة (٢٨)

لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر .

الشرح

٢٣٥ـ التعريف بالنظام العام :

يقصد بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص ذلك الدفع الذى يراد به استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطنى (قانون القاضى) محله نظرا لمخالفة حكم القانون الأجنبى للنظام العام أو الآداب فى مصر .

ويبين من النص أن المشرع أبرز فيه أن إعمال فكرة النظام العام فى ميدان تنازع القوانين لايكون فى مرحلة وضع قواعد الإسناد. بل إنه يأتى فى مرحلة إعمال هذه القواعد وتطبيق أحكام القانون الأجنبى الذى تسند إليه ، ويأخذ صورة دفع لاستبعاد تطبيق هذه الأحكام ثم تطبيق قانون القاضى . وتطبيق قانون القاضى فى هذه الحالة يأتى على سبيل الاستثناء فيكون اختصاصه التشريعى اختصاصا غير عادى [1].

والنظام العام كما ذكرنا سلفا هو مجموعة المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية ، أى مجموعة القواعد التى تهم المجتمع أكثر ما تهم الأفراد .

---

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٢٥ ومابعدها .

والـــنظام العـــام حالة تختلف من مكان إلى مكان آخر وهو بعد متغـــيرا على كر الزمان . وكل ما يتيسر بشأنه أداة للتعرف عليه هـــو معـــيار مرن ومتغير على الزمان والمكان شأنه فى ذلك شأن الـــنظام العام ذاته ألا وهو ميعار " المصلحة العامة " وبعبارة أدق "المصلحة العامة العليا للمجتمع " .

(راجع بند ٣٦) .

والملاحظ أن المشرع المصرى متابعا غيره من مشرعى بعض الـــدول الأخـــرى ، لـــم يكتف فى المادة (٢٨) بالنص على مخالفة أحكـــام القانون الأجنبى للنظام العام ، بل نص أيضا على مخالفتها "لـــلآداب" والآداب تكون جانبا من جوانب " نظام المجتمع الأعلى وبعـــبارة أخرى تكون جانبا من جوانب النظام العام ، وبذلك يغنى ذكره بالنص عن ذكرها به .

(راجع بند ٣٨) .

والـــنظام العـــام لايـــتجزأ فلا يوجد نظام عام دولى ونظام عام داخلـــى ، فالقاضـــى لايســـتبعد القانون الأجنبى إلا إذا كان يمس المصـــلحة العامـــة فـــى مجتمعه سواء كانت خلقية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية [١].

---

(١) وقـــد وضـــع الفقه بالرغم من ذلك عدة معايير أخرى لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام فى قانون القاضى أم لا .

فذهب فريق إلى أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى .

غير أن هذا الرأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد . هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لايستتبع حتما المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى .

ويذهب فريق ثان إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوى على مساس بمبادئ العدالة الدولية أو إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها فى جماعة الأمم المتحضرة ومثال ذلك ما قضت به محكمة السين فى ١٩٦٠/٢/٢ من التزام الزوج بالنفقة وبتأمين الحياة المادية لأسرته باعتبار أن هذا التزام تفرضه المبادئ المتعارف عليها فى العالم المتمدين، أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعى.

ويضيف القائلون بهذه الفكرة الأخيرة أن من أهم الأسباب التى قد تؤدى إلى اعتبار قانون ما مخالفا للنظام العام هو إهداره للحقوق الطبيعية للإنسان . ومن الأمثلة الذى يسوقونها فى هذا الصدد الحالة التى لايسمح فيها القانون الأجنبى الواجب التطبيق لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى، إذ يتعين حينئذ اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام لعدم اعترافه بحق من الحقوق الطبيعية للإنسان ، وهى حقوق يجب احترامها دون حاجة إلى النص عليها صراحة فى القوانين الوضعية ، فإذا كان

القـــانون الأجنـــبى ينكر مثل هذه الحقوق تعين استبعاده وإحلال القانون الوطنى محله لإقرار هذه الحقوق .

ويضيف فريق من الفقه معيارا ثالثا لتحديد فكرة النظام العام . فيقررون أن القـــانون الأجنبى يعتبر مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية للدولة . ولو كان هذا القانون الأجنبى فى ذاته لاينطوى على أية مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحضرة . فإذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع أحد الأهـــداف الهامة التى يرمى تشريع دولة القاضى إلى تحقيقها ، فإن ذلك يخول القاضى استبعاد هذا القانون الأجنبى . ومن أمثلة ذلك دعوى رفعت إلـــى القضـــاء الفرنسى بطلب الاعتراف بالأبوة ، واتضح للقاضى أن القانون الفرنسى يشترط رفع هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الأجنبى برفعها خلال مدة أطول . وإن كان طول المهلة المقررة فى القانون الأجنبى لايشكل مخالفة لمبادئ العدالة أو القانون الطبيعى فإنه قد ينطوى مع ذلك على مخالفة للسياسة التشريعية فى دولة القاضى . إذ قـــد يهدف المشرع باشتراطه رفع مثل هذه الدعاوى خلال مهلة قصيرة إلى حماية الأفراد من هذا النوع من الدعاوى لتهديدها الاستقرار العائلى. ومـــن ثم كان للقاضى الوطنى أن يستبعد مثل هذه القوانين تأسيسا على أنها تعوق تحقيق أحد أهداف السياسة التشريعية فى دولة القاضى .

ويـــنوه فريق رابع من (الفقه الحديث) بوجود اتجاه واضح فى القضاء نحو الوصول إلى نظام دولى بالمعنى الحقيقى أى نحو نظام عام لايمثل مصـــالح دولـــة معينة أو يحمى الأسس التى يقوم عليها مجتمع معين ،

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه " لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر " . ومؤدى هذا النص – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع ".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

وإنما يمثل المصالح العليا للمجتمع الدولى بأسره ويستجيب للأهداف السامية التى تسعى إليها الجماعة الدولية . وبذلك تصبح فكرة النظام العام غير مرتبطة بالنظام القانونى لدولة معينة بل متصلة بالنظام الدولى ككل ، بحيث تشكل جزءا من القواعد التى تحكمه . ومن الأمثلة التى يسوقونها للتدليل على صحة رأيهم ما قضت به المحاكم الفرنسية من اعتبار عقد بيع الأسلحة المبرم بقصد إحداث انقلاب فى دولة أجنبية عقدا باطلا باعتباره يتنافى مع المبادئ الدولية التى تقضى باحترام سيادة الدولة الأجنبية (حكم محكمة السين الصادر فى ١٩٣٢/٨/٢).

كذلك ما قضت به محكمة السين بتاريخ ١٩٥٦/١/٤ بأن عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية تتعارض مع الضمير القانونى للمجتمع الدولى ، ومن ثم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولى .

٢- " المقــرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنه لايجوز استبعاد أحكــام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنـــى إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصـــر بـــأن تمـــس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٩)

٣- " وفقـــا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لايجوز تطبيق أحكام قـــانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى علـــى واقعـــة الدعـــوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بيـــنما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقـــم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكـــام المواريـــث الأساســـية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشـــريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثـــيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعـــة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها مما لايسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطـــبق غـــيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين - إذ كان ذلك ، وكان الثابت فى الدعوى

أن المـــتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فـــإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى على واقعة الدعوى لايكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٤/٥/٢٧)

٢٣٦ـ نطاق تطبيق الدفع بالنظام العام :

يـــثور الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الأجنبى الواجب التطبـــيق يجيز أمرا يخالف النظام العام فى دولة القاضى ، فيؤدى الدفع إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى . ويستبعد القانون الأجنبى بـــالقدر الذى يدرأ عنه مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى ، فإن كـــان هـــذا القانون يجيز أمورا يخالف بعضها النظام العام، وكانت هذه الأمور لاترتبط ارتباطا وثيقا بالأمور الأخرى التى لاتتعارض مـــع الـــنظام العام بحيث تتحقق الغاية من التصرف بالأخذ بالأمور الأخـــيرة وحدها ، فإن القاضى يعمل الدفع باستبعاد الأمور الأولى وحدهـــا لمخالفـــتها للـــنظام العام ، أما الأمور التى لاتتعارض مع النظام العام ، فيطبق فى شأنها القانون الأجنبى .

أمـــا إذا كانـــت الغاية لاتتحقق بأن تكون الأمور جميعا تتصل ببعضها اتصالا وثيقا لايقبل انفصاما ، فإن القاضى لايملك فى هذه الحالة إلا استبعاد القانون الأجنبى برمته .

فالشـــرط الوارد بالعقد مخالفا للنظام العام ، يؤدى إلى البطلان المطلـــق إذا كـــان الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد ، باعتباره سببا للعقد ، فينحل العقد برمته ، أما إن لم يكن الشرط هو الباعث الدافع للـــتعاقد، فـــإن الشـــرط وحده هو الذى يرد عليه البطلان فيستبعده القاضـــى ، ويظـــل العقد صحيحا بباقى شروطه مرتبا لكافة آثاره، ذلك لأن الشرط عندما لايكون هو الباعث الدافع فإن استبعاده لاينال من الغاية المرجوة منه (١).

٢٣٧ـ شروط التمسك بالدفع بالنظام العام :

يخلص مما سلف أن التمسك بالدفع بالنظام العام لايكون إلا إذا توافر الشرطان الآتيان :

الأول : أن يكـــون القانون الأجنبى واجب التطبيق قانونا بمعنى أنه هو القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية . فالنظام العام يأتى كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق .

أمـــا إذا كـــان قـــانون القاضى هو الواجب التطبيق فلا يجوز التمسك بهذا الدفع .

(راجع نقض طعن رقم ١٨٦لسنة ٣٤ ق جلسة١٩٧٠/٥/١٩- طعن رقم جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ منشورين ببند ٢٢٢)

الثانى : أن تكون أحكام القانون الأجنبى مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى بالتفصيل سالف الذكر ، وذلك وقت صدور الحكم أو

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٧٥ ومابعدها .

بعـد صدوره إن طعن فيه ولم يكن قد فصل فى الطعن بعد ، فإن كــان القانون الأجنبى متفقا مع النظام العام فى دولة القاضى وقت صــدور الحكــم فــلا محل لاستبعاد القانون الأجنبى حتى لو كان القانون الأجنبى مخالفا للنظام قبل ذلك " .

(راجــع نقض طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥ – طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧– جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

أثر الدفع بالنظام العـام :

٢٣٨ـ (أ) بالنسبة للعلاقة التى نشأت بدولة القاضى :

يترتــب على الأخذ بفكرة النظام العام ضرورة استبعاد القانون الأجنــبى الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطنى محله . غير أن مدى هذا الانطباق يختلف باختلاف الظروف والأحوال . فإذا كانت قاعدة النظام العام من القواعد الناهية أو المانعة فإن أثرها فى هذه الحالة قاصر على استبعاد القانون الأجنبى لا أكثر ولا أقل ويصف الكتاب هذا الأثر بأنه أثر سلبى ، ومن أمثلة ذلك أن يطلب زوجان فرنســيان الطلاق أمام محكمة إيطالية فتستبعد هذه المحكمة القانون الفرنســى الذى يجيز الطلاق وهو قانون جنسيتهما الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الإيطالية لأن القانون الإيطالى يمنع الطلاق .

أما إذا كانت قاعدة النظام العام من القواعد الآمرة ، فإن أثرها يكون أوسع مدى فهى تستبعد القانون الأجنبى الواجب التطبيق وهذا أثـر سـلبى ، ولكنها تذهب إلى أبعد من ذلك حيث ينطبق قانون الدولة التى يهمها النظام العام وتسير الأمور كما لو لم يوجد تنازع بين القوانين وأن العبرة بقانون واحد فقط هو القانون الذى يوجد به النظام العام، ومثل ذلك أن يرفع إيطاليان دعوى طلاق أمام محكمة فرنسية فتستبعد قانونهما الشخصى (وهو القانون الإيطالى الواجب التطبـيق طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية) الذى يمنع الطلاق لأن هدا المنع يخالف النظام العام فى فرنسا ذلك النظام الذى يقضى بضرورة وجود الوئام بين الزوجين وإلا كان من المصلحة حل عقدتهما ، ثم تطبق القانون الفرنسى فتقضى بالطلاق وفق أحكامه[1].

٢٣٩- (ب) بالنسبة للعلاقة التى نشأت خارج بلد القاضى :

يجرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن أثر الدفع بالنظام العام ليس دائما واحدا بصدد إنشاء الحق فى بلد القاضى وبصدد التمسك فـى هـذا البلد بحق اكتسب فى الخارج . ففى مرحلة إنشاء الحق يبحـث القاضـى فيما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض مع مقتضيات النظام العام أم لايتعارض معها .

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص٥٦٨- عز الدين عبد الله ص ٥٣٥ ومابعدها.

أمـــا إذا كان المطروح أمام القاضى هو الاحتجاج بحق اكتسب فـــى الخـــارج ، فـــالذى يبحثه القاضى هو هل نفاذ هذا الحق أى التمســك بآثـــاره يتعارض مع النظام العام فى بلده أم لايتعارض . والأمر فى الحالتين ليس على سواء . فقد يكون إنشاء الحق فى بلد القاضـــى مخالفا لمقتضيات النظام العام فيه ، ومع ذلك فإنه لو نشأ هذا الحق عينه فى الخارج وأريد التمسك بآثاره فى بلد القاضى لما عـــد نفـــاذه متعارضـــا مـــع هذه المقتضيات ، وذلك عندما يكون الـــتعارض بيـــن القانون الأجنبى والنظام العام فى بلد القاضى فى مـــرحلة إنشـــاء الحـــق مبناه أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافـــرها لإنشاء الحق هى التى تتعارض مع النظام العام . فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوافرت هذه الظروف فى الخارج ونشأ الحق هـــناك وأريد التمسك به فى بلد القاضى ، لما وجد مقتض يحرك الدفـــع بالـــنظام العام . وعلى ذلك فإنه وإن كان لايجوز فى فرنسا للأجانـــب أن يتزوجوا زواجا دينيا ، لأن الزواج فيها نظام مدنى ، إلا أنه إذا ما تم فى الخارج زواج دينى وكان هذا الزواج هو الشكل المحلـــى ، أمكن الاحتجاج به فرنسا . وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالـــتفرقة بيـــن أثر الدفع بالنظام العام فى مرحلة إنشاء العلاقة فى فرنســـا وبين أثره فى مرحلة التمسك فيها بعلاقة تمت فى الخارج فـــى مسألة التطليق . ذلك أن التطليق كان غير جائز فى فرنسا إلى

مـا قـبل سنة ١٨٨٤ وكان هذا الحظر يسرى على الأجانب الذين يجـيز لهم قانونهم الشخصى التطليق ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الـنقض الفرنسية بأنه يجوز لهؤلاء الأجانب أن يحتجوا فى فرنسا بتطليق تم بينهم فى الخارج .

على أن الاعتراف فى بلد القاضى بآثار الحق الذى اكتسب فى الخارج ليس معناه استبعاد الدفع بالنظام العام كلية فى هذا المجال، بل واقع الحال هو أن أثر الدفع فيه يكون مخففا فى بعض الحالات وهـى الـتى لايتعارض فيها نفاذ الحق مع مقتضيات النظام العام. ولذلـك فإنـه ما إن تحقق هذا التعارض فى الحالات الأخرى حتى يـتحرك الدفع ويمنع التمسك بآثار الحق . بمعنى أن جزاء مخالفة النظام العام فى هذه الحالات لايكون بطلان العلاقة ، وإنما هو عدم سـريان آثارهـا فـى بلد القاضى . وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسـية بأنه لايجوز الاحتجاج فى فرنسا بحق الملكية فى منقول ولـو أنـه اكتسب فى الخارج وفقا لقانون الموقع الذى يجيز نزع الملكـية دون تعويض عنه . وقد حدث أن أممت روسيا السوفيتية الأسـاطيل الـتجارية ، وحدث أن التجأ أحد هذه الأساطيل واسمه (La Ropit) إلـى ميناء مرسيليا بفرنسا، وعندمـا طالبت روسيا بملكـية بواخـر هذا الأسطول استنادا إلى حقها المكتسب فيها وفقا للقـانون السوفيتى (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسى

دعواهـا "لأن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غـير عادى وغير عادل ، إذ لم تعوض الحكومة السوفيتية الملاك، وهـو مـا يتجافى مع احترام حق الملكية ، وما لايمكن الاعتراف بآثاره فى فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسى"(١).

غـير أن انتشار حركة التأميم بعد الحرب العالمية الثانية بسبب ما ولدته من مشاكل سياسية واقتصادية ، والالتجاء إليه فى مختلف الـدول مـع تـنوع نظمها السياسية والاقتصادية قد يسر من أمر الاعـتراف بالآثار الدولة للتأميم . وآية ذلك أن الفقه يتجه إلى عدم اسـتلزام أداء الـتعويض الكـامل للاعترف بهذه الآثار والاكتفاء بالتعويض " العادل" أو " المناسب" أو " الجدى " وكذلك عدم استلزام أن يكـون التعويض حالا أى يؤدى مقدما ، فيصح أن يكون أداؤه مؤجـلا مـادام مصحوبا بضمانات جدية . ويرى بعض الفقهاء أن تأمـيم المشـروع الذى تجريه الدولة التى يوجد بها مركز إدارته الرئيسـى لايتـناول أموالـه الواقعة خارج إقليم هذه الدولة ولو تم التأمـيم مقـابل تعويض ، وذلك تأسيسا على إقليمية التأميم نتيجة لإقليمية سيادة الدولة ، أو تأسيسا على تعارضه مع النظام العام فى الدولـة الواقعة بها تلك الأموال بينما يرى البعض الآخر أن إنكار آثـار التأمـيم الدولـية علـى هذا الوجه إنما يقوم على الخلط بين

---

(١) نقض فرنسى ٥ مارس ١٩٢٨.

المصـــادرة والتأميم ، وهو بعد لايعدو أن يكون مجرد وسيلة دفاع إزاء التأمـــيم الذى يهدر العدالة ، كما لو كان بغير تعويض . وأنه لمما ييسر الاعتراف بالآثار الدولية للتأميم [١].

(١) راجع فى هذا عز الدين عبد الله ص ٥٤٠ ومابعدها .

(الفصل الثانى)
(الأشخــاص)
١ـ الشخص الطبيعى
مــادة (٢٩)

١- تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته.

٢- ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

الشــرح

٢٤٠ـ المقصود بالشخصية :

الشخصـــية هى الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ومـــن تتوافر فيه هذه الشخصية يسمى شخصا . فالشخص إذن هو مـــن يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات . وتثبت الشخصية لكـــل إنســـان بوصـــفه هذا . ومن ثم كان كل إنسان شخصا (أى صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات) .

وإذا كان الأمر كذلك فالشخص الطبيعى هو إنسان توافرت فيه الشخصية (على المعنى الذى أوضحناه) .

٢٤١ـ متى تبدأ شخصية الإنسان ؟

تبدأ الشخصية الطبيعة للإنسان بتمام ولادته حيا ، فيجب إذ أن تكـــون ولادته تامة بمعنى أن ينفصل الوليد انفصالا كاملا عن أمه.

فــإذا خرج بعض أعضاء الوليد أو حتى معظمها إلى الحياة ، ولكن مات قبل أن يخرج الباقى ، فلا تثبت له الشخصية .

وفــى هــذا يــتفق حكم القانون مع قول الأئمة الثلاثة : مالك والشــافعى وأحمــد بن حنبل . ولكنه يخالف ما جاء به الإمام أبو حنيفة، حيث اكتفى لثبوت الشخصية للإنسان ، بخروج معظمه حيا. وإذا تمــت الــولادة ، لــم يكن هناك أية أهمية لطريقة حصولها ، فسواء تمت طبيعة أم نتيجة عملية جراحية (١).

ولايمــنع مــن تمام الولادة ألا يكون الحبل السرى الذى يربط المولود بأمه قد قطع .

ويجــب أن يكــون الوليد متمتعا بالحياة فى الوقت الذى يتم فيه انفصــاله عن أمه ولو لأقصر مدة ممكنة بعد الولادة . فإذا انفصل الجنيــن عــن أمه ميتا فلا يعتبر شخصا ومن ثم لاتثبت له حقوق ولاتجب عليه التزامات .

أمــا إذا انفصل الجنين حيا ثم مات فور نزوله تثبت له مع ذلك الشخصــية وتثبــت له الحقوق فى خلال هذه الفترة الوجيزة . يدل على ذلك أن الشارع المصرى لايشترط أن يولد الطفل قابلا للحياة، بل اشترط فقط أن يولد حيا. أما شرط القابلية للحياة فليس مطلوبا.

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص٣٥٧ ومابعدها- الدكتور نبيل إبراهيم سعد المدخل إلى القانون نظرية الحق طبعة ١٩٩٥ ص ١٣٢.

ومـــن ثم إذا ولد المولود حيا ثم مات مباشرة تثبت له حقوقه وتنتقل هذه الحقوق إلى ورثته أى أن الورثة يتلقون هذه الحقوق على أنها تركة للجنين لا على أنها تركة مورثهم (أبيهم مثلا) .

ويحصـــل إثــبات الـــولادة حيا بشهادة الأشخاص الذين كانوا موجوديـــن وقـــت الوضـــع بـــأن يشهدوا أنهم لاحظوا على الوليد أعـــراض الحياة من بكاء وصراخ أو شهيق . فإن تعذر ذلك تعين الالـــتجاء إلى خبرة الطب الشرعى ، ويلجأ الطبيب الشرعى عادة إلـــى فحـــص الرئتيـــن باعتبار أن التنفس بعد الولادة هو من أوكد علامـــات الحياة فيضع الطبيب الرئتين فى الماء فإن طفيتا دل على ذلك أن الوليد قد تنفس أما إذا لم تطفيا كان معنى ذلك أن الوليد قد ولد ميتا[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تـــبدأ الشخصية الطبيعية للإنسان بتمام ولادته حيا ، فيجب إذا أن تكـــون ولادتـــه تامة ، وأن يكون قد ولد حيا ، فقبل أن تتم الولادة لاتبدأ الشخصية . وإذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتا ، فلا تبدأ الشخصية كذلك وتنتهى الشخصية بالموت" [2].

---

(١) الدكتور عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١ - ١٩٥٢ ص ٩٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٢٠ .

وقضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٢٩ من القانون المدنى على أن" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهى بموته .... " . وفى المادة ٤٥ من ذات القانون على أنه " لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فـاقد التميـيز لصغر فى السن أو ... ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتـبر فـاقد للتميـيز " يـدل على أن الأصل- وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون – على أن الشخصية القانونية للشخص الطبـيعى تـبدأ بـتمام ولادته حيا وتنتهى بوفاته ، وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعى " .

(طعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

٢٤٢ـ الجنين (الحمل المستكن) :

القـاعدة – كمـا ذكرنا سلفا – أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادتـه حـيا . ولكنها تبدأ قبل ذلك من قبيل الاستثناء بالنسبة إلى الجنيـن . وقـد أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة بقولها : " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وبالـرجوع إلى القانون المصرى نجده أعطى الجنين الحقوق الآتية :

١- الحق فى ثبوت نسبه من أبيه .

٢- الحـق فى الميراث ، فهو يرث أقرباءه إذا ماتوا وهو فى بطن أمه .

وعلـــى هذا نصت المادة ٤٢ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث بقولها :

" يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى " .

وإذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .

ولايرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

(الأولـــى) أن يولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر مـــن تـــاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

(الثانية) أن يولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة (م٤٣) .

ومعـــنى ذلك أنه يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى . فإذا مات شخص وترك زوجته حبلى، أوقـــف للحمـــل من تركته نصيب الذكر. فإذا ولد ذكرا استحق ما أوقـــف له . وإذا ولد أنثى ، استحق نصيب الأنثى ، وذهب الباقى مما أوقف له للورثة الآخرين .

٣- يستحق الحمل الوصية التى تجرى لصالحه وهو فى بطن أمه ، ولو مات الموصى قبل ولادته .

وفى هذا تنص المادة ٣٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أنه :

" تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

١- إذا أقر الموصى وجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم ناقل من وقت الوصية .

٢- إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين . وتوقف غلة الموصى به إلى ينفصل الحمل حيا فتكون له " .

٤- الهبة : فقد نصت المادة (١٢) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه : " لايجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة " . ومفهوم المخالفة لهذا النص أنه يجوز للولى قبول هبة للجنين طالما أنها ليست محملة بالتزامات معينة .

٥- الحــق فــى غــلات الوقف : وقد نص على هذا الحق فى قــانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ . وقد تأثر هذا الحق بصدور قانون إلغاء الوقف على غير جهات البر رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

٦- الحق فى الاستفادة من الاشتراط الذى يشترطه الغير ، كان يكــون مســتفيدا من عقد تأمين عقده الغير ، أو من تكليف فرضه لصالحه الواهب على الموهوب له .

كما نصت المادة ٢٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر على أنه إذا لــم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

ونصــت المادة ٩/٣٩ على أنه لايجوز للوصى قبول التبرعات المقــترنة بشــرط أو رفضها ، ومفهوم المخالفة أنه يجوز له قبول التــبرعات غير المقترنة بشرط ، ولم يخص المشرع القاصر وحده بهذه الفقرة ولذلك تمتد إلى الحمل [١].

(١) المستشار أنور طلبه ص٥٨٥ ومابعدها - وعكس ذلك السنهورى جــ٥ ص١٠٢ ويعتــبر رأيــنا هذا عدولا عن الرأى الوارد فى مجلد (عقد الهبة- عقد الصلح - عقد الوكالة) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وما بين الولادة والموت يوجد الشخص الطبيعى ويتمتع بأهلية الوجوب وهى غير أهلية الأداء ، فهى قابلية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات على أن أهلية الوجوب هذه قد توجد قبل الولادة وقد تبقى بعد الموت ، فالجنين يجوز أن يوصى له فيملك بالوصية ، ويجوز أن يوقف عليه فيكون مستحقا للوقف ، ويرث فيملك بالميراث ، كذلك الميت تبقى حياته مقدرة حتى تسند إليه ملكية ما تركه من مال إلى أن تسدد ديونه إذ لاتركة إلا بعد سداد الديون " [١].

وتجدر الإشارة إلى أن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون معلقا على شرط ولادته حيا ، فإذا تحقق هذا الشرط ثبتت للجنين هذه الحقوق ، وأما إذا لم يتحقق الشرط بأن ولد ميتا فإن هذه الحقوق تزول بأثر رجعى ، ويعتبر الجنين كأنه لم يكسب شيئا [٢].

٢٤٣ـ انتهاء الشخصية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته وتنتهى بموته " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٢٠ ومابعدها .

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) طبعة ١٩٦٨ – ١٩٦٩ ص ٣٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦١.

وتثبت الوفاة بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك والتى أشارت إليها المادة ٣٠ من التقنين المدنى كما سنرى .

فشخصية الإنسان تنتهى بموته ، وقد يكون الموت حقيقيا، وتثبت الوفاة على النحو السالف . وقد يكون حكميا وهو المفقود ، وقد اشترط القانون كما سنرى أن يصدر حكم من القضاء باعتباره ميتا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" توقيع الحجر على شخص يعتبر إجراء تحفظيا يستهدف منعه من إساءة التصرف فى أمواله ، فإذا توفى الشخص استحال أن يتصرف فى تلك الأموال ، ويزول مقتضى الحجر وعلة الحكم به، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضا على القضاء ولم يصدر به حكم حائزا لقوة الأمر المقضى ، فإن الدعوى به تنتهى بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته ، وهذا ما يستفاد من المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، الذى يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصا بالغا ، وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله ، فإذا انتهت شخصية المطلوب الحجر عليه بموته طبقا للمادة ١/٢٩ من القانون المدنى استحال الحكم لصيرورته غير ذى محل فضلا عن أن أموال المطلوب

الحجر عليه تورث عنه بموته عملا بالمادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها إلى قـيم لإدارتها ويصبح توقيع الحجر لغوا ، لما كان ما تقدم ، وكان البيـن مـن الأوراق ، أن المطلـوب الحجر عليه توفى أثناء نظر المعارضـة المقامـة منه عن الحكم الغيابى القاضى بتوقيع الحجر علـيه، فإنه كان يتعين معه الحكم فى تلك المعارضة بانتهاء دعوى الحجـر، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكـم الابتدائى الصادر بتأييد الحكم المعارض فيه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

مـــادة (٣٠)

١- تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

٢- فــإذا لــم يوجــد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

الشــــرح

٢٤٤- إثــبات الــولادة والوفــاة بالسجـلات الرسميــة المعدة لذلك :

كــل مـــن الولادة والوفاة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثـــبات بمـــا في دلك شهادة الشهود . إلا أنه نظرا لأهمية ثبوتها وتاريخ وقوعها ، فقد نظم المشرع وسيلة أكيدة لإثباتها . فقد وضع نظامـــا يســـجل بمقتضــــاه واقعـــة الميلاد والوفاة في دفاتر رسمية بواســـطة موظفيـــن عمومييـــن يختصون بذلك . ويستطيع كل ذى مصــــلحة طلــــب شــــهادة رســـمية تستخرج بياناتها من واقع هذه السجلات الرسمية . فتثبت الولادة بشهادة الميلاد التى تستمد من هذه الدفاتر . وكذلك النسب الذى يترتب على الولادة .

والموت يثبت أيضا بشهادة الوفاة التى تستمد من هذه السجلات.

والأصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافيتان للإثبات، إلا إذا أقـــام ذوو الشــــأن الدليل على عدم صحة ما أدرج فى السجلات فلـــيس ما أثبت بسجلات المواليد والوفيات حجة قاطعة فيما يتعلق

بـــالولادة أو الوفاة ، فقد يتم الإبلاغ على غير الحقيقة لكذب المبلغ. ويجوز حينئذ إثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الإثبات .

كذلـــك يجـــوز إثـــباتها بجميع الطرق إذا لم إذا لم توجد شهادة الميلاد أوشهادة الوفاة لأى سبب من الأسباب، وليس من الضرورى إثبات أن هاتين الشهادتين قد فقدتا . بل يكفى ألا يوجدا حتى يسمح لذوى الشأن بإثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق .

علـــى أنه يلاحظ فى إباحة إثبات الولادة والوفاة بكافة الطرق ، أن قـــانون الأحـــوال الشخصية هو الذى يحدد قوة الإثبات للطرق المخـــتلفة . فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب . ومن أحكـــام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب القاعدة التى تقضى بأنه إذا ولـــدت الـــزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولدا لتمام ستة أشهر فصـــاعدا من حين عقده يثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا .

ومـــن أحكامها أيضا اللعان وما يتصل به من القواعد ، وكذلك القـــاعدة الـــتى تقضـــى بأنـــه إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ، كما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر ، وإذا أقر رجل بنبوة غلام مجهول النسب وكان فى السن بحيث يولد مثله

لمــثله وصــدقه الغلام إن كان مميزا يعبر عن نفسه أو لم يصدقه يثبــت مــنه نسبه ولو أقر ببنوته فى مرضه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ، ويرث أيضا من أبــى المقر وإن جحده ، وإن كان للغلام أم وادعت بعد موت المقر أنهــا زوجــته وأن الغلام ابنها وكانت معروفة بأنها أمه وبالإسلام وحــرية الأصــل أو بالحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين فإنها ترث أيضا من المقر ، فإن نازعها الورثة وقالوا إنها لم تكن زوجة لأبيهم أو أنها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم إسلامها وقتئذ، أو أنها كانت زوجة له وهى أمة لا ترث .

وإذا لــم تكــن المرأة متزوجة ولامعتدة لزوج وأقرت بالأمومة لصــبى يولد مثله لمثلها وصدقها إن كان كان مميزا أو لم يصدقها صــح إقــرارها علــيه ويرث منها الصبى وترث منه ، فإن كانت مــتزوجة أو معــتدة لزوج فلا يقبل إقرارها بالولد إلا أن يصدقها الزوج أو تقام البينة على ولادتها ولو معتدة ، أو تشهد امرأة مسلمة حــرة عدلــة ولــو منكوحة أو تدعى أنه من غيره . وإذا أقر ولد مجهول النسب ذكرا كان أو أنثى بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة، وكــان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتهما له، ويكون علــيه مــا للأبويــن مــن الحقوق وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضــانة والتربــية . وتثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من

أنــواع القــرابة بشــهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، ويمكــن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معهــا إذا كــان الأب أو الإبن المدعى عليه حيا حاضرا أو نائبه ، فإن كان ميتا فلا يصح إثبات النسب منه مقصودا بل ضمن دعوى حق يقيمها الإبن أو الأب على خصم فى ذلك الوارث أو الوصى أو الموصى له أو الدائن أو المديون ، وكذلك دعوى الأخوة والعمومة وغيرها لاتثبت إلا ضمن دعوى حق [١].

٢٤٥ ـ تطبيقات فى قضــاء محكمــة النقض :

(أ) – شهادة الميلاد مجرد قرينة على إثبات النسب :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الــنعى بــأن شهادة الميلاد ليست حجة فى إثبات النسب مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثــبوت النســب وإنما اعتبرها قرينة بالإضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردها الحكم " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥م)

٢- " البــيانات الــواردة بشهادات الميلاد – وعلى ما جرى به قضــاء هذه المحكمة – باعتبارها من إملاء صاحب القيد لاتصلح

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص٣٢٢ ومابعدها .

بمجردها لثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لايمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها " .

(طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤)

٣- "قيد طفلة ، وردت إلى ملجأ الرضع باسم ... لايفيد أنها ابنة لشـــخص حقـــيقي يحمـــل هذا الاسم وأنها معلومة النسب ، لما هو مقـــرر من اطلاق اسم على اللقطاء تمييزا لهم وتعريفا بشخصيتهم عمـــلا بالمادة ١٠ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٢ بشأن المواليد والوفيات والتى أوجبت إطلاق اسم ولقب على حديث الولادة".

(طعن رقم٢ لسنة٤٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٣/١٠)

(ب) حجية شهادة الوفاة قاصرة على صـدور البيانات على لسان ذوى الشأن :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨- المقابلـــة للمـــادة ٣٩١ مـــن القانون المدنى - أن الحجية المقررة للأوراق الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام بـــه محـــررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم فى حدود سلطته واختصاصه ، تبعا لما فى إنكارها من مساس بالأمانة والـــثقة المتوافريـــن فـــيه ، ومن ثم لاتتناول هذه الحجية البيانات الخارجـــة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان

ذوى الشأن من بيانات لأن إثباتها فى ورقة رسمية لايعطيها قوة خاصة فى ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها ، فيرجع فى أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة فى الإثبات " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

٢- " شهادة الوفاة ورقة رسمية معدة لإثبات حصول الوفاة ، ومهمة الموظف المختص بتدوين الوفيات تقتصر وفقا لنص المادة ٢٩ وما بعدها من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ على التحقق من شخصية المتوفى قبل القيد إذا كان التبليغ غير مصحوب بالبطاقة الشخصية ، أما البيانات الأخرى المتعلقة بسن المتوفى ومحل ولادته وصناعته وجنسيته وديانته ومحل إقامته واسم ولقب والده ووالدته فعلى الموظف المختص تدوينها طبقا لما يدلى به ذوى الشأن ، ومن ثم فإن حجية شهادات الوفاة بالنسبة لتلك البيانات تنحصر فى مجرد صدورها على لسان هؤلاء دون صحتها فى ذاتها وتجوز الإحالة إلى التحقيق لإثبات ما يخالفها " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

مـــادة (٣١)

دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص.

الشـــرح

٢٤٦ـ تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبلغيات المتعلقة بها :

أحالت المادة (٣١) فى تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها إلى قانون خاص .

ويـــنظم دفاتـــر المواليـــد والوفيات والتبلغيات المتعلقة بها الآن القـــانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥.

وهـــذا القانون قد ألغى القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية [١].

---

(١) تنص المادة ٨٠ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ على أن :
" مـــع مـــراعاة حكم المادة ٧٨ من هذا القانون يلغى القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية ويلغى كل حكم مخالف لأحكام هذا القانون.
والمادة ٧٨ سالفة الذكر تنص على : " تظل البطاقات الشخصية والعائلية وصـــور القيود القائمة بها سارية المفعول طبقا لأحكام القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية إلى أن يتم استبدالها طبقا للإجراءات والمواعيد وفى الأماكن التى يحددها وزير الداخلية بقرار منه.

ولمـا صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل نظم في الفصل الثانى من الباب الأول منه قيد المواليد .

ومن ثم فإن الأحكام الواردة بالفصل المذكور تضحى هى واجبة التطبيق فى شأن قيد المواليد .

ونعـرض فـيما أولا لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ فى شـأن قـيد المواليد ، ثم نعرض بعد ذلك لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الإبلاغ عن الوفاة .

٢٤٧ـ أولاً : أحكام قيد المواليد فى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل :

مـادة (١٤) : يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوما مـن تاريخ حدوث الولادة ، ويكون التبليغ على النموذج المعد لذلك إلـى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتـب أو إلـى الجهة الصحية فى الجهات التى ليست بها مكاتب صحة أو إلى العمدة فى غيرها من الجهات ، وذلك على النحو الذى تبينة اللائحة التنفيذية .

وعلى العمدة ارسال التبليغات إلى مكتب الصحة . أو إلى الجهة الصحية خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ بالولادة .

وتعتـبر الـبطاقات القائمة لاغية بمجرد انتهاء المدة المحددة لاستخراج البطاقات الصادرة طبقا لأحكام هذا القانون " .

وعلـــى مكتـــب الصحة أو الجهة الصحية إرسال التبليغات إلى مكتـــب الســـجل المدنى للمختص خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغها لقيدها فى سجل المواليد .

مادة (١٥) : الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة هم :

١- والد الطفل إذا كان حاضرا .

٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينة اللائحة التنفيذية .

٣- مديـــرو المستشـــفيات والمؤسســـات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .

٤- العمدة أو الشيخ .

كمـــا يجـــوز قـــبول التبلـــيغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصـــهار البالغيـــن حـــتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللاحئة التنفيذية .

ويســـأل عـــن عـــدم للتبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق ، ولايجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم .

ويجـــب على الأطباء والمرخص لهن بالتوليد إعطاء شهادة بما يجـــرونه من ولادات تؤكد صحة الواقعة وتاريخها واسم أم المولود ونوعـــه ، كما يجب على أطباء الوحدات الصحية ومفتشى الصحة

إصدار شهادات بنفس المضمون بعد توقيع الكشف الطبى إذا طلب منهم ذلك فى حالات التوليد الأخرى .

مادة (١٦) : يجب أن يشتمل التبليغ على البيانات الآتية :

- يوم الولادة وتاريخها .

- نوع الطفل (ذكر أو أنثى) واسمه ولقبه .

- اسم الوالدين ولقبهما وجنسيتهما وديانتهما ومحل إقامتهما ومهنتهما .

- محل قيدهما إذا كان معلوما للمبلغ .

- أى بيانات أخرى يضيفها وزير الداخلية بقرار منه بالاتفاق مع وزير الصحة .

مادة (١٧) : على أمين السجل المدنى تحرير شهادة الميلاد على النموذج المعد لذلك عقب الواقعة، وتتضمن الشهادة البيانات المنصوص عليها فى المادة (١٦) من هذا القانون . وتسلم شهادة الميلاد بغير رسوم إلى رب أسرة المولود بعد التحقق من شخصيته وتحدد اللائحة التنفيذية غيره من الأشخاص الذين يمكن تسليمهم شهادة الميلاد .

مادة (١٨) : إذا توفى المولود قبل التبليغ عن ولادته فيجب التبليغ عن ولادته ثم وفاته . أما إذا ولد ميتا بعد الشهر السادس من الحمل فيكون التبليغ مقصورا على وفاته .

مــادة (١٩) : إذا حدثت واقعة الميلاد أثناء السفر إلى الخارج وجــب التبلــيغ عــنها إلى أقرب قنصلية مصرية فى الجهة التى يقصدها المسافر أو إلى مكتب السجل المدنى المختص خلال ثلاثين يوما من تاريخ الوصول .

وإذا حدثــت واقعة الميلاد أثناء العودة فيكون التبليغ فى الأجل المذكــور إلــى مكتــب الصحة أو الجهة الصحية الكائنة فى محل الإقامة .

مــادة (٢٠) : علــى كل من عثر على طفل حديث الولادة فى المــدن أن يســلمه فــورا بالحالــة التى عثر عليه بها إلى إحدى المؤسســات المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة أو أقرب جهة شــرطة الــتى عليها أن ترسله إلى إحدى المؤسسات ، وفى الحالة الأولــى يجــب على المؤسسة إخطار جهة الشرطة المختصة وفى القــرى يكــون التسليم إلى العمدة أو الشيخ بمثابة التسليم إلى جهة الشــرطة وفى هذه الحالة يقوم العمدة أو الشيخ بتسليم الطفل فورا إلى المؤسسة أو جهة الشرطة أيهما أقرب .

وعلــى جهــة الشــرطة فى جميع الأحوال أن تحرر محضرا يتضمن جميع البيانات الخاصة بالطفل ومن عثر عليه ما لم يرفض الأخــير ذلــك . ثــم تخطــر جهة الشرطة طبيب الجهة الصحية المختصـــة لــتقدير سنة وتسميته تسمية ثلاثية . وإثبات بياناته فى دفــتر المواليد وترسل الجهة الصحية صورة المحضر وغيره من

الأوراق إلـــى مكتــب السجل المدنى المختص خلال سبعة أيام من تــاريخ القــيد بدفتر مواليد الصحة . وعلى أمين السجل المدنى قيد الطفل فى سجل المواليد . وإذا تقدم أحد الوالدين إلى جهة الشرطة بإقرار بأبوته أو أمومته للطفل حرر محضر بذلك تثبت فيه البيانات المنصوص عليها فى المادة (١٦) من هذا القانون، وترسل صورة مــن المحضـــر إلـــى السجل المدنى المختص خلال سبعة أيام من تاريخ تحرير المحضر .

مــادة (٢١) : يكــون قيد الطفل المشار إليه فى المادة السابقة طــبقا للبيانات التى يدلى بها المبلغ وتحت مسئوليته عدا إثبات اسم الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابى صريح ممن يرغب منهما .

ولايكون لهذا القيد حجية تتعارض مع القواعد المقررة فى شأن الأحوال الشخصية .

مــادة (٢٢) : اســتثناء من حكم المادة السابقة لايجوز لأمين السجل ذكر اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما معا . وإن طلب منه ذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر اسماهما .

٢- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها .

٣- بالنسـبة إلى غير المسلمين ، إذا كان الوالد متزوجا وكان المولـود مـن غـير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه إلا إذا كانت الـولادة قـبل الـزواج أو بعد فسخه ، وذلك عدا الأشخاص الذين يعتنقون دينا يجيز تعدد الزوجات .

وتحدد اللائحة التنفيذية البيانات التى تذكر فى شهادة الميلاد فى الحالات سالفة الذكر .

مـادة (٢٣) : يعاقب على مخالفة أحكام المواد ١٤، ١٥، ١٨، ١٩ ، ٢٠ مـن هـذا القـانون بغـرامة لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتجاوز مائة جنيه .

مـادة (٢٤) : دون إخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها القانون، يعاقـب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أدلى عمدا ببيان غير صحيح من البيانات التى يوجب القانون ذكرها عند التبليغ عن المولود .

٢٤٨- ثانـيا : أحكـام التبليغ عن الوفيات فى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ :

تـنظم هذه الأحكام المواد (٣٥ - ٤٢) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية . وهى تنص على ما يأتى:

مـادة ٣٥ : يجـب التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة فى الجهـة التى حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهات الصحية التى يحددها

وزيــر الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليس بها مكاتب صحة ، أو إلــى العمدة أو الشيخ فى غيرها من الجهات ، وذلك خلال ٢٤ ساعة من تاريخ الوفاة أو ثبوتها .

ويكــون التبليغ من المكلفين به على نسختين من النماذج المعدة لذلــك ، ومشــتملا على البيانات والمستندات التى تحددها اللائحة التنفيذية والتى تؤكد صحة الواقعة .

مادة ٣٦ : الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب هم :

١- أصول أو فروع أو أزواج المتوفى .

٢- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين .

٣- من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين.

٤- الطبيب المكلف بإثبات الوفاة .

٥- صــاحب المحــل أو مديــره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثــت الوفــاة فــى مستشفى أو عيادة خاصة أو ملجأ أو فندق أو مدرســة أو مؤسســة عقابــية أو ربان السفينة أو قائد الطائرة أو المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر .

ولايقبل التبليغ من غير المكلفين به .

مـــادة ٣٧ : إذا كانت الوفاة نتيجة لتنفيذ حكم بالإعدام فلا يذكر ذلـــك بشـــهادة الوفـــاة وتنظم اللائحة التنفيذية إجراءات التبليغ عن الواقعة وقيدها .

مادة ٣٨ : يجب على مكاتب الصحة والجهات الصحية إصدار التصريح بالدفن فور تلقى التبليغ عن واقعة الوفاة مرفقا به الكشف الطـــبى الصادر من مفتش الصحة أو الطبيب المكلف بإثبات الوفاة والذى يفيد ثبوت واقعة الوفاة .

مـــادة ٣٩ : إذا كـــان المتوفى مجهول الشخصية وجب إخطار جهة الشرطة المتوفى بدائرتها وعلى هذه الجهة أن تحرر محضرا بالواقعة ونماذج التبليغ المعدة لذلك وإرسال أصل المحضر ونسخة مـــن التبلـــيغ إلى النيابة، وصورتين من المحضر مع نسختين من التبلـــيغ إلـــى مكتب الصحة المختص الذى عليه إرسال صورة من المحضـــر ونسخة من التبليغ إلى قسم السجل المدنى المقابل ضمن الإخطـــارات الأسبوعية عن وقائع الوفاة مع الاحتفاظ بإحدى نسخ التبلـــيغ ، ويتم القيد وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

مادة (٤٠) : على موظف الجهة الصحية المختص بتلقى تبليغات الوفـــاة أن يـــتحقق مـــن شخصية المتوفى واستيفاء بيانات التبليغ والمســـتندات المؤكـــدة لصـــحة الواقعة وبياناتها ، فإذا تعذر عليه الـــتحقق من شخصيته يقبل التبليغ على مسئولية المبلغ بعد التحقق من شخصيته .

مادة (٤١) : إذا حدثت واقعة وفاة لأحد المواطنين أثناء رحلة العـودة مـن السـفر بالخارج فيكون التبليغ عن الواقعة إلى مكتب الصـحة أو الجهة الصحية فى ميناء الوصول خلال ٢٤ ساعة من الوصول.

مـادة (٤٢) : العسـكريون والمدنيون التابعون لوزارة الدفاع والمـتطوعون الذين يتوفون أو يستشهدون داخل أراضى جمهورية مصـر العربـية أو خارجهـا تقوم وزارة الدفاع بإخطار مصلحة الأحوال المدنية عنهم لإخطار قسم السجل المدنى المختص، وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى هذه الحالة .

٢٤٩ـ تصحيح قيود الأحوال المدنية :

تشكل فى دائرة كل محافظة لجنة من :

١- المحـامى العـام للنيابة الكلية بالمحافظة أو من ينيبه وفى حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم (رئيسا) .

٢- مدير إدارة الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينيبه .

٣- مديـر مدير مديرية الشئون الصحية بالمحافظة أو من ينيبه (عضوين) .

وتخـتص هذه اللجنة بالفصل فى طلبات تغيير أو تصحيح قيود الأحـوال المدنـية المدونـة فى سجلات المواليد والوفيات ، وقيد الأسرة، وطلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفاة للوقائع التى لم يبلغ

عـــنها خلال المدة المحددة بالقانون ومضى عليها أكثر من عام من تاريخ واقعة الميلاد أو الوفاة .

وتحـــدد اللائحـــة التنفـــيذية الإجراءات الخاصة بتقديم الطلبات وكيفية القيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر فيها، ويحدد وزيـــر الداخلـــية بقـــرار منه رسوم الإصدار بما لايجاوز عشرة جنيهات (م٤٦) .

ولايجـــوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المســـجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة. ويكون إجـــراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة – أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو إثبات النسب بناء على أحكـــام أو وثـــائق صـــادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصـــدار قرار من اللجنة المشار إليها (م٤٧/١) ومثال التغيير أو التصحيح فى قيد الزواج الذى يلزم لإجرائه الحصول على حكم من جهة الاختصاص : التغيير أو التصحيح فى تاريخ العقد .

وفى إشهادات الطلاق : التغيير أو التصحيح فى وصف الطلاق كـــأن يثبـــت المأذون بالإشهاد أن الطلاق رجعى حين أنه بائن أو العكس أو يثبت فيه أن الطلقة أولى فى حين أنها ثانية أو العكس .

وإذا أثبت بالقيود الخاصة بالمواليد ، اسم أب أو أم أو جد مثلا غير الأب أو الأم أو الجد الحقيقى بأن التغيير أو التصحيح فى ذلك يكــون تغييرا فى إثبات النسب يجب استصدار حكم به من المحكمة المختصة وهى محكمة الأسرة .

(راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع مجلد ٣ بند ٢٨٩ ص ٥٧٣ ومابعدها) .

مـــادة (٣٢)

يســـرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فلأحكام الشريعة الإسلامية .

الشـــرح

٢٥٠ـ الأحكام التى تسرى على المفقود والغائب :

تـــنص المادة على أن يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية. وعلـــى ذلـــك إذا خلا القانون الخاص الذى يسرى على المفقود أو الغائـــب مـــن حكـــم حالة معينة تعين الرجوع فى شأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

ونعرض فيما يلى لأحكام المفقود ، ثم لأحكام الغائب .

أولاً : أحكام المفقود :

٢٥١ـ النصوص القانونية :

(أ) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

(مـــادة ٢١ معدلة بالقانونين رقمى ١٠٣ لسنة ١٩٥٨[١] ، ٣٣ لسنة ١٩٩٢) [٢].

" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده .

---

(١) الجريدة الرسمية فى ١٩٥٨/٧/٣١ العدد (٢١) .

(٢) الجريدة الرسمية فى أول يونية سنة ١٩٩٢ العدد ٢٢ مكرر (ب).

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود .

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا [1].

---

(١) وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ الآتى :

" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا " .

وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الآتى :

" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى الأربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

(مادة ٢٢ معدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨)

بعـــد الحكـــم بمـــوت المفقـــود أو صدور قرار وزير الحربية باعتـــباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفـــاة وتقســـم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار [1].

(ب) – القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

مادة (٧) : ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[2].

وأمـــا فـــى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقـــود بعدهـــا إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا " .

(١) وكان نصها قبل التعديل الآتى :

" بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم " .

(٢) وكانت تنص على أن :

"إذا كان للمفقود– وهو من انقطع خبره – مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى، وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجودا بها . وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لـــتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة ، فإذا مضت مدة أربع سنين مـــن حيـــن رفع الأمر إلى القاضى ، ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلـــن القاضى الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره " .

مادة (٨) : إذا جاء المفقود أو لم يجئ ، وتبين أن حى فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول.

٢٥٢ـ تعريف المفقود [1]:

المفقود لغة المعدوم، وشرعا هو الذى انقطعت أخباره ولايعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته [2].

وقد نظم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال إدارة أموال الغائب .

فنص على أن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . (أولاً) : إذا كان مفقودا لاتعرف حياته أو مماته . (ثانيا) : إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها (م٧٤) . وإذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره (م٧٥).

---

(١) الموضوع منقول من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٢٩٢ .

وتنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتا (م٧٦) .

٢٥٣ـ حالة المفقود قبل الحكم بموته :

يعتبر المفقود حيا باستصحاب الحال التى كان عليها قبل فقده.

والاستصحاب عند علماء الأصول عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان من قبل حتى يقوم الدليل على تغيره .

ومـــادام القاضى لم يحكم بموت المفقود أو لم يصدر قرار من رئـــيس مجلـــس الوزراء أو من وزير الحربية بذلك – فى حالات خاصـــة ســـيأتى شرحها – فإنه يعتبر حيا فتبقى أمواله على ملكه وتجـــب عليه فى ماله النفقة لزوجته مدة فقده ولكل من تجب عليه نفقتهم وتبقى زوجته على عصمته ما لم يحكم القاضى بتطليقها عليه بناء على طلبها بعد مضى سنة فأكثر من غيبته لتضررها من بعده عنها ، أو لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له يمكن استيفاء نفقتها منه .

ولمـــا كانت حياة المفقود غير محققة بل هى حياة اعتبارية فلا يترتـــب علـــى حياته الأحكام التى يشترط فيها تحقق حياة الشخص كـــالإرث من الغير واستحقاق الوصية. فلا يرث المفقود من غيره ولايستحق ما أوصى به له ، ولكن للاحتياط ومحافظة على حقوق المفقـــود يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده، وما

أوصـــى بـــه له ، كما لو كان محقق الحياة إلى أن يتبين حاله، فإذا ظهــر حيا استحق بالفعل نصيبه فى الإرث وما أوصى به له، وأن حكم القاضى بموته ترتبت على ذلك الأحكام التى سنذكرها فيما بعد.

وينبــنى علـــى ذلــك أنـــه إذا كان المفقود ممن يحجب الورثة الموجوديـــن وقـــت الوفـــاة حجب حرمان، فإنه لايسلم إليهم شئ، ويوقـــف توزيع مال التركة كله، أما إذا كان يحجبهم حجب نقصان يعطى لكل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود .

وحاصـــل مـــا تقدم أن المفقود يعتبر حيا فى حق الأحكام التى تضـــره وهـــى المـــتوقفة على ثبوت موته ، ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره ، وهو ما يتوقف على حياته .

٢٥٤ـ متى يحكم بموت المفقود ؟

يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

والمقصود بالمفقود الذى يغلب عليه الهلاك المفقود الذى يغيب فـــى حالـــة يغلـــب فيها الظن بموته ، كمن فقد إثر غارة جوية، أو وقـــوع كارثة حريق أو هدم مسكنه أو محله أو كمن ذهب للصلاة ولم يعد .

ويحكـــم القاضى فى هذه الحالة بالفقد بعد أربع سنين من تاريخ الفقــد [١]، وتحتسب هذه المدة طبقا للسنة الهلالية لأنها الأصل فى

---

(١) وتحديد السنوات الأربع فى المفقود يرجع إلى تشريع لعمر بن الخطاب ذلــك فقــد روى أن رجلا استوهته الجن، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعــتد فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق .

وروى مالك فى الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل) ، ولأن زوجها منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما .

وحدد هذه المدة اعتبارا بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار مـــنهما الأربـــع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ، فالجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها ، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنيــن فيتعيــن فى حقه المدتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين .

وقد روى أن عليا عارض رأى عمر وقال فى امرأة المفقود "هى امرأة ابتليــت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق" ومعنى ذلك أن ليس لها أن تتزوج حتى تستبين موقفه ، وهناك حديث للرسول عليه السلام فى امرأة المفقــود (أنهــا امــرأته حتى يأتيها البيان) وقد روى ابن ليلى أن عمر رضى الله عنه رجع إلى قول على .

(شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه جــ٦ طبعة ١٩٧٠ ص ١٤٥ ومابعدها) .

التقويم الشرعى ما لم ينص القانون على العمل بالتقويم الميلادى، ولم يشمل الاستثناء الوارد بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هذه الحالة فقد جرت على أن المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً [١].

---

(١) وفى المذهب الحنفى يحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه الذين هم فى سنة أو بلغ من العمر تسعين سنة .

وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن: " الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لايتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت فإن التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية فى أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لايزالون على قيد الحياة أولا فى وقت قصير وقد عنيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكاما فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠من مذهب الامام مالك (مادتى ٧، ٨) .

أما أمر ماله فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل بالمحاكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسبية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية بتصريف أمور هذه الأموال على وجه أصلح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١١٦٦/١٩٢٧ قضية منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والباقى قيمته بين هذين المقدارين، لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكاما لأموال المفقودين تصلح من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع .. الخ " .

أما فى الأحوال الأخرى ، والمقصود بها حصول الفقد فى حالة يظـــن معها بقاء المفقود سالما كمن يغيب لطلب العلم أو التجارة أو الســـياحة ولايعـــود فقد فوض النص القاضى فى تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة لمعرفة إن كان المفقود حـــيا أو ميتا ولاشك أن القاضى يراعى فى تقديره للمدة التى يحكم بعدهـــا بموت المفقود، سن المفقود حين فقده وحالته الصحية وقت ذاك والظروف والأحوال التى أحاطت بفقده .

ولم يكن النص قبل تعديله بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يحدد المدة التى يحكم القاضى بموت المفقود بعدها (أربع سنين على الأقل).

ومـــع هذا فقد ذهبنا مع الفقه وأحكام القضاء إلى أن قيدا منطقيا يـــرد علـــى ســـلطة القاضى فى هذا الشأن . وهو ألا يحكم بموت المفقود إلا بعد انقضاء أربع سنوات على الأقل على واقعة الغياب، لأن الشارع استوجب ضرورة مرور أربع سنوات على واقعة الفقد لمن غاب فى ظروف يغلب فيها الهلاك فيكون التقيد بهذه المدة لمن غاب فى ظروف لايغلب فيها الهلاك أولى [1].

---

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق طبعة ١٩٨٨ ص ٩٩- الدكـــتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظـــرية الحـــق) طـــبعة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٤١ - الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥٠٥ .

وبهذا الرأى قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٣٠ إذ ذهبت إلى أن :

" من حيث أن هذه الدعوى تضمنت أن هذا المفقود قد خرج لقضاء حاجة قريبة ثم يعود ولم يعد وأنه يغلب عليه الهلاك، وقد قضت المادة الحادية والعشرون من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية على أنه يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام أربع سنين من تاريخ فقده وعلى تفويض الأمر إلى القاضى فيما عدا ذلك وهو يتحرى عنه فى جميع الأحوال بالطرق الممكنة، فالمقصود من هذا النص ، أن الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال لأن النص قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاؤه سالما، ولأن هذا النص قد سيق لبيان أن ما كان العمل جاريا عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحا للعمل به ولايتفق مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر لا لما يتوهم من جواز الحكم بوفاة المفقود قبل مضى هذه السنوات الأربع، ويلزم على هذا جواز الحكم بموته بمضى أى مدة على فقده قلت أو كثرت وهذا غير مقصود . بل المراد أن السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقود فى جميع الأحوال .... الخ " .

ولـــم يكـــتف المشرع للقضاء بموت المفقود بإثبات موته بالبينة والقرائـــن ، وإنما أوجب على القاضى التحرى عن المفقود بجميع الطـــرق الممكـــنة الموصلة إلى معرفة.إن كان حيا أو ميتا ، سواء كانت غيبة المفقود مما يغلب عليه الهلاك فيها، أم كانت مما لايغلب علـــيه الهلاك فيها ويدخل فى هذا التحرى، ما يتم من تحريات عن طريق رجال الإدارة ، وكذا ما يسفر عنه استجواب القاضى لأهلية المفقود .

وفـى هـذا قضـت محكمـة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٣٠ [(١)] بأن :

" ومـــن حيث إن هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقود فى جمـــيع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان وجعل الإثبات وحده غـــير كاف للحكم بموته فلابد من هذا التحرى ، ولايكفى فيه قرار نصـــب الوكـــيل عنه لأنه وإن تضمن غيبة المفقود إلى صدور هذا التوكـــيل ولكـــنه لـــم يتناول ما وراء ذلك من مشتملات مثل هذه الدعـــوى، كاســـتمرار الفقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الآثار وعـــدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما إلى ذلك لأنه وإن كان الأصل بقاء ما كان على

---

(١) منشور بمؤلف المستشار أحمد نصر الجندى مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ص ٩٩٦ ومابعدها .

ما كان ما لم يتبين خلافه ، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل عند من يعول على هذا الأصل وقرار الوكالة لم يشمل غـير ما وضع له باعتبار وصفه العنوانى وهو كونه قرارا بنصب وكـيل عـن هذا الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيه مما اشـتملت عليه هذه الدعوى ، فلابد من إجراء التحرى بعد الإثبات عـند الحكم بموته حتى لايكون للشك مجال لأنه أمر محتمل فمتى انضم إليه التحرى حصل الاطمئنان الكافى .... الخ " .

فـإذا غلـب علـى ظن القاضى بعد ذلك موته قضى بموته إذا طلبت ذلك زوجته أو أحد من ورثته أو غريمه .

ويسرى هذا الحكم على المفقودين من أفراد القوات المسلحة فى غير العمليات الحربية .

وقد أخذ القانون بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى، وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية.

وقـد جـاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ما يأتى :

" ... ولمـا كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمـن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لايعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض يفقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما كمن يغيب للتجارة أو طلـب العلم أو سياحة ثم لايعود رأت الوزارة الأخذ بمذهب الأمام أحمـد بن حنبل فى الحالة الأولى وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب

الإمـــام أبى حنيفة فى الحالة الثانية- ففى الحالة الأولى ينتظر إلى تمـــام أربـــع ســـنين من حين فقده فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعـــتدت زوجـــته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ما له بين ورثـــته وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحـــرى عـــنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين أن مثله لايعيش إلى هذا الوقت حكم بموته " .

ويـــراعى أنـــه إذا كان هناك دليل قاطع على وفاة المفقود قبل انقضـــاء مـــدة أربـــع سنوات فإن شخصية المفقود تنتهى بالموت الحقيقى لا الحكمى ولا يكون هناك ضرورة لاستصدار الحكم .

٢٥٥ـ المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائـرة سـقطت أو مـن أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية :

المفقودون الذين يثبت أنهم كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائـــرة ســـقطت أو مـــن أفـــراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العملـــيات الحربية ، كانوا قبل العمل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يخضـــعون للحكـــم الوارد بالمادة (٢١) بالنسبة للمفقود الذى يغلب عليه الهلاك، فكان يصدر حكم من القضاءبموتهم بعد فوات مدة أربع سنين على تاريخ فقدهم ، عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة

أثـــناء العمليات الحربية فكان وزير الحربية يصدر قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى السنوات الأربع ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

غـــير أن القـــانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ استثنى هؤلاء من هذا الحكـــم العـــام ونص على اعتبار كل منهم ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده .

فقـــد نصـــت الفقـــرة الثانية من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون المذكـــورعلى أن : " ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان فـــى طائـــرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية " .

كمـــا نصـــت الفقـــرة الثالثة من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون المذكور على أن :

" ويصـــدر رئـــيس مجلـــس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود ".

وواضـــح مـــن الـــنص أنه يشترط لصدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتبار المفقود ميتا ما يأتى :

١- أن يثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

فإذا كان المفقود يستقل قطارا أو سيارة مثلا وتهشم القطار أو تهشمت السيارة ، أو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد في غير العمليات الحربية فإنه لابد من صدور حكم من القاضي .

٢- أن يمضي على الفقد مدة سنة هجرية .

٣- أن يقوم رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع- بحسب الأحوال- بالتحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك .

وقد قضت المادة الثانية من القانون رقم٣٣ لسنة ١٩٩٢على أن: "تسري أحكام هذا القانون على من سبق فقده في أي من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢١ ومضى على فقده سنة على الأقل في تاريخ العمل بهذا القانون " .

وهذا القانون عمل به اعتبارمن اليوم التالي لتاريخ نشره (م٤)، وقد نشر القانون بتاريخ ١٩٩٢/٦/١ .

وقد حدا الشارع إلى إدخال التعديل السابق- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢- أنه لما كان المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز الحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك ولو لم يتحقق موته يقينا ، وحدد لغلبة

الاعـتقاد بموته مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، وإذا كانت هذه المـدة لازمـة للاستيثاق من الهلاك فى الأحوال التى يكون الهلاك فيها ظنيا بما يتطلب لترجيحه مضى تلك المدة دون ظهور المفقود، إلا أنــه فى أحوال الفقد فى عرض البحر نتيجة حادث غرق سفينة أو سـقوط طائـرة ، يكون الهلاك شبه مؤكد إذا لم تسفر إجراءات البحـث بالوسائل الحديثة على العثور على المفقودين أحياء أو على جثـثهم خلال بضعة أسابيع ، لاستبعاد أن يظل من نجا حيا مجهول الـنجاة فـى أى موقع لمدة طويلة رغم وسائل الاتصال الحديثة ، ولـتعذر العـثور علـى الجثث صالحة للتعرف على أصحابها بعد مضـى بضـعة أسابيع على الغرق نظرا لسرعة تحللها فى المياه المالحة فضلا عن تعرضها للأسماك المفترسة .

– لذلك قد لايكون من الملائم فى مثل هذه الأحوال انتظار تلك المـدة الطويلة للاعتقاد بغلبة الهلاك لمن لم يعثر عليه حيا أو جثته ظاهرة المعالم المحددة لاسمه .

– ولمـا كان هذا النوع من الحوادث قد كثر فى الآونة الأخيرة تبعا لازدياد حركة السفن بحرا وجوا ، فقد أصبح من العنت بذوى المفقـود من الركاب أو الطاقم انتظار المدة المشار إليها كى يتقرر الحكـم بموته لتبدأ حينئذ آثار اعتباره ميتا ، إذ تظل الزوجة معلقة علـى ذمـته منذ فقده حتى يحكم بموته ، كما أن تركته تظل دون

استحقاق الورثة لها بل وقد يؤدى موت أحدهم خلال تلك المدة إلى حــرمانه مــن الإرث وبالــتالى حــرمان ورثته ، كما يتعطل حق المتضررين بموته فى اقتضاء التعويضات الناشئة عن ذلك ، فضلا عن أنه حتى بعد مضى المدة المشار إليها ، يستلزم الحصول على حكم بموت المفقود إجراءات تستغرق من الوقت والجهد والمال ما يضــيف إلى ذوى المفقود أعباء وامتدادا للأضرار التى تلحق بهم، كــل ذلــك فــى أحوال لا يتطلب الاستيثاق من غلبة هلاك المفقود مضــى هذا الوقت الطويل وإنما يكفى لهذا الاستيثاق مضى بضعة أسابيع على ما سلف بيانه .

– ولما كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصــية قــد ركن فى مادتيه ٢١، ٢٢ إلى ما نص عليه فقهاء مذهب الإمام أبى حنيفة من تصحيح تفويض تقدير المدة التى يحكم بعدهــا بموت المفقود إلى رأى الإمام (ولى الأمر) وهذا قريب من فقه مذهب الإمام الشافعى فى الجديد، كما أن مذهب الإمام مالك قد نــص فى بعض صور الفقد على أنه بعد البحث والتحرى يضرب للمفقــود أجــل سنة . فقد رؤى الأخذ فى مشروع هذا القانون بهذه الآراء المصححة فى مذاهب هؤلاء الأئمة .

– ومــن ثــم وتيسيرا على أسر هؤلاء المفقودين أعد مشروع القــانون المرافق وهو يقضى فى مادته الأولى باعتبار من ثبت أنه

كـــان على ظهر سفينة أو طائرة وفقد نتيجة غرقها أو سقوطها فى البحر ميتا متى مضى على فقده سنة من تاريخ الفقد .

وهذا التعديل قصد به التيسير على أسر المفقودين من الطوائف المســتثناة على ما أوضحناه سلفا ، ومن ثم فإنه لايحول بينهم وبين اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم باعتبار المفقود ميتا إذا شاءوا، ولايكون للمحكمة القضاء بعدم اختصاصها بنظر الدعوى(١).

---

(١) مـــن هذا الرأى كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس الطبعة الأولى ١٩٨٧- وعكس ذلك الدكتور محمد حسام لطفى – موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص ٩٨ .

وكـــان نـــص المـــادة ٢١ كما صدرت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يحكـــم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، ولو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية إلى أن صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ وعدل المادتين ٢١، ٢٢ من المرسوم بقانون ، ومقتضى هذا التعديل أنه إذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فإنه يصدر قرار من وزير الحربية باعتباره ميتا بعد مضى الأربع سنوات ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

وعلـــى ذلـــك يشترط لصدور قرار وزير الحربية باعتبار المفقود ميتا توافر ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون المفقود من أفراد القوات المسلحة .

الثانى: أن يكون الفقد أثناء العمليات الحربية فإذا كان الفقد فى غير حالة العمليات الحربية فإنه لابد من صدور حكم من القاضى باعتبار المفقود ميتا .

الثالث: أن يمضى على الفقد مدة أربع سنين .

والحكمة من هذا التعديل ، التيسير على أسر المفقودين من أفراد القوات المسلحة ، ودرء ما ينتابهم من أسى ولوعة حال سيرهم فى الإجراءات القضـــائية **وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أنه :**

" لمـــا كانـــت إجـــراءات التقاضى حتى صدور الحكم تستوجب تكليف زوجـــات المفقوديـــن وورثـــتهم الانتقال إلى ساحات المحاكم وفى ذلك بالنسبة إليهم ما فيه من جهد مادى فضلا عما ينجم عنه من أسى ولوعة وإثارة شجون كامنة فى قلوبهم لذلك رأت وزارة الحربية توفير إجراءات التقاضـــى علـــى ورثـــة المفقودين من أفراد القوات المسلحة والاكتفاء بصـــدور قـــرار من وزير الحربية باعتبار هؤلاء المفقودين موتى بعد مضى الأربع سنوات من تاريخ فقده " .

ولمـــا صـــدر القرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ (المنشور بالجريدة الرســمية فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ – العدد ٦٩) فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة ، نص فى المادة ٣٨ منه علـــى أن : " يعتـــبر المفقود فى حكم المستشهد فى العمليات الحربية أو المتوفى بسبب الخدمة حسب الأحوال إذا انقضت أربع سنوات من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة .

وفى هذه الحالة واستثناء من القواعد العامة يصدر قرار من نائب القائد الأعلى للقوات المسلحة باعتبار المفقودين فى العمليات الحربية أو أثناء الخدمـــة مستشهدين فى العمليات الحربية أو متوفين بحسب الأحوال من تـــاريخ فقدهـــم ، لا من تاريخ القرار الصادر باعتبارهم مستشهدين أو متوفين .

وقـــد ذكرنا فى طبعات سابقة على الطبعة الأخيرة من مؤلفنا موسوعة الفقـــه والقضـــاء والتشريع فى الأحوال الشخصية ، أن الاستثناء الوارد بالـــنص– فى رأينا – يقتصر نطاقه على تطبيق الأحكام الواردة بالقرار بقـــانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين

والتعويض للقوات المسلحة وقد أيدنا هذا الرأى بأن المادة الأولى من مواد إصدار القرار بقانون نصت على أن "يعمل فيما يتعلق بالمعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض والمنح للمذكورين بهذا القانون بالأحكام المرافقة " ، وأن المادة ٣٨ سالفة الذكر قد ساوت فى الاستثناء المذكور بين من يفقد فى العمليات الحربية ، وبين من يفقد بسبب الخدمة ، وأن القرار بقانون لم يشر فى ديباجته إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأن معظم التشريعات التى أشارت إليها تتعلق بالموضوع الذى ينظمه .

ولما صدر القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ونص فى المادة الثالثة منه على أن :

" تعدل المدة المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ إلى سنة من تاريخ الفقد " – وجاء بمذكرته الإيضاحية عن هذه المادة أنه:

"لما كانت المادة ١/٢١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ تقضيان بعدم اعتبار المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية ميتا إلا بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، لذلك استلزم التنسيق بين ما قضت به المادة من المشروع من اعتبار المفقود فى حادث غرق السفينة أو سقوط طائرة فى البحر ميتا إذا كان قد مضى على فقده سنة أن يضمن المشروع حكما بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية يقضى بتعديل المدة المنصوص عليها فى القانونين المشار إليهما إلى سنة من تاريخ الفقد ".

٢٥٦- آثار الحكم بموت المفقود أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا :

المفقود لا يعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته أو من تاريخ صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فى الحالات التى أوردناها فيما تقدم [(١)].

ويترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور القرار باعتباره ميتا- حسب الأحوال – أن تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : (والَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ويَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ) .

وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار،لأنه لما كان الموت يكون من وقت الحكم، فإنه لايرث أمواله التى كانت ثابتة له من وقت غيبته ونمائها إلا ورثته الموجودين وقت الحكم، أما الذين ماتوا قبل ذلك فإنهم لايرثون فيه ، لأن فرض الحياة كان قائما .

---

(١) وقضى بأن : "المفقود لايعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته، والراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لابد من حكم القاضى بموته، وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته ، وقد رتبت المادة ٢٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ أحكام المفقود على الحكم بموته بعد المدة كما هو مبين فى المادة نمرة ٢١".
(شبرلخيت الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٢٩/١١/٣٠ فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١٩٢٩) .

أما الأموال التى يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكن مفقودا ، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت الفقد، أى أنــه يعتــبر بالنســبة لهــا ميتا من وقت الغياب ، لأن حياته ثابتة باستصــحاب الحال ، واستصحاب الحال يصلح سببا لإبقاء الحقوق الثابتة ، ولايصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة ، وعلى ذلك إذا مات لــه قريــب يرث منه قبل الحكم بموته فإن حقه فى الميراث يستمر موقوفــا ، حتى يحكم القاضى بموته أو يحضر ، فإن حضر أخذه ، وإن حكم القاضى بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتا وقت وفاة ذلك القريب[1] .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون ما يأتى :

" لما كان الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لابد من حكم القاضى بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون دون وقته رئى الأخذ بمذهبه فى الحالتين لأنه أضبط وأصلح لنظام العمل فى القضاء. لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا المشروع ".

وغــنى عــن البيان أن الآثار المتقدمة تترتب من تاريخ الحكم النهائى، والحكم يكون نهائيا إذا كان لايقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (الاستئناف الآن فقط)، إما لفوات ميعاد الطعن أو لاستنفاذه .

---

(١) الأســتاذ محمــد أبو زهرة الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٥٠٣ - الأســتاذ عمر عبد الله وأحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٨ ص ٧٢٣ .

والحكم كما هو واضح ذات طبيعة منشئة وليست كاشفة أو مقررة .

والملاحظ أن المرسوم بقانون لم يفرق فى الأحكام بين الزوجات والأموال، لأنه لايصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان فيفرض حياته فى حالة ويفرض موته فى أخرى فيفرض حياته بالنسبة لأمواله ، ويفرض موته بالنسبة لزوجته وتعتد عدة الوفاة ، كما هو مذهب مالك والذى كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

ظهورا المفقود حيا :

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا – بحسب الأحوال– سواء جاء المفقود أو لم يجئ ، فإنه يترتب على ذلك الآثار الآتية :

٢٥٧- (أ) بالنسبة لزوجة المفقود :

إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فهى له من غير حاجة إلى عقد جديد .

وإن كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم أو صدور القرار بعد انقضاء عدتها منه ولم يدخل بها ، فإنها تعود إلى المفقود لأن زوجيته قائمة . وتبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم أو القرار كان باطلا فتعود إليه .

فإذا كان قد دخل بها وكان حسن النية بأن لم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإن الزوجة تكون للثانى، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى أو قرار صادر من المختص بذلك ، وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له ولايفسخ العقد .

أما إذا كان قد دخل بها ، وثبت أنه سئ النية بأن كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإنها تكون للمفقود .

وهذا الرأى لمالك ، هو آخر آرائه وقد قاله قبل وفاته بسنة ، ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثانى سواء أدخل بها أم لم يدخل[١].

٢٥٨- (ب)- بالنسبة لأموال المفقود :

يسترد المفقود الموجود من أمواله فى يد ورثته، وكذا الموجود مما كان محجوزا له من إرث ووصية ورد إلى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا .

أما ما خرج من أيديهم وتصرفوا فيه بالبيع ونحوه ، وكذا ما هلك أو استهلك ، فلا يرجع عليهم بقيمته أو بمثله ، لأن تصرفهم فيه كان بناء على حكم قضائى سليم ، أو قرار من المختص بذلك ، فلا ضمان عليهم ولا على من تلقوا الملك عنهم .

(١) محمد أبو زهرة ص ٥٠٤ .

٢٥٩ـ إيجاب اختصام وكيل المفقود فى دعوى موته :

إذا أقيمــت الدعوى بموت المفقود من زوجته أو أحد ورثته أو غــريمه وجبَ على المدعى اختصام وكيل المفقود، فإن لم يكن له وكيل يختصم من ينصبه القاضى لذلك ، وذلك لكى تقبل عليه البينة لإثبات موته .

وعلىَ هذا نصت المادة (٥٨١) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحــوال الشخصـــية لقدرى باشا إذ جرت على أن : " إذا ادعت زوجــة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضى الوكيل الذى بيده مال المفقود خصــما عــنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوى موته " [1].

ويترتب على مخالفة هذا الحكم القضاء بعدم قبول الدعوى .

---

(١) وقد جاء بتنوير الأبصار وشرحه الدر المختار: " وطريق قبول البينة أن يجعــل القاضى من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عليه قيما تقبل علــيه البيــنة " وقد علق ابن عابدين على عبارة " أو ينصب عليه قيما" بقوله " أى إذا لم يكن له وكيل يحفظ مــاله ينصب عنــه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه " .
(راجــع حاشــية ابن عابدين جــ٤ ص ٢٩٧ – أيضا مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ فى الدعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٤٥)

٢٦٠ـ المحكمة المختصة بنظر دعوى موت المفقود :

كانت المحكمة الابتدائية هى المختصة نوعيا بنظر دعوى موت المفقود عملا بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تجرى على أن : "تختص المحكمة الابتدائيةبنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة به "، إذ لم يرد ضمن المسائل المنصوص عليها بالمادة التاسعة من القانون والتى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها دعوى موت المفقود ، ومن ثم تضحى الدعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية . ولما صدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة، أصبحت محكمة الأسرة هى المختصة نوعيا بنظر الدعوى وتختص بنظر الدعوى محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم . (م١٥من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

٢٦١ـ ثانيا : أحكام الغائب :

رأينا أن المادة تنص على أن تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية .

وأول ما يجب ملاحظته هو أن القانون يفرق بين المفقود والغائب وذلك على خلاف أحكام الشريعة الإسلامية (المذهب الخنفى) حيث لا فرق عند الأحناف بين الغائب والمفقود .

إذ يقصد بالغائب كل من هجر موطنه وماله راضيا أو مرغما ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إدارة شئونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره .

أما المفقود فهو كل غائب لاتعرف حياته أو وفاته [١].

وعلى ذلك فكل مفقود غائب ، ولكن لايعتبر كل غائب مفقودا[٢].

وينظم أحكام الغائب المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، فى الفصل الثالث من الباب الثانى منه . فتنص المادة ٧٤ من القانون على أن :

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠ .

(٢) عبد الحى حجازى ص ١٢٣ هامش (١) – أحمد سلامه ص ٤٠.

" تقــيم المحكمــة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتــية مــتى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.

أولاً : إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته .

ثانــيا : إذا لــم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر ، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها ".

وتــنص المــادة (٧٥) على أنه : " إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره " .

كما تنص المادة (٧٦) على أن : " تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بمــوت الغائــب أو بــالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتا " .

وقد أورد القانون فى الباب الثالثة منه – الفصل الأول- أحكاما مشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة .

ومن هذه الأحكام :

١- مــا تــنص عليه المادة (٧٨) من أنه يسرى على القوامة والوكالــة عــن الغائبين والأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصــر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء .

٢- مـــا تنص عليه المادة (٧٩) من أنه يسرى فى شأن قسمة مـــال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة القاصر من أحكام:

٣- مــا تــنص عليه المادة (٨٧) من أن الأحكام الواردة بشأن الجزاءات فى المواد (٨٤ - ٨٦) تسرى على الوكيل عن الغائب.

٤- ما تنص عليه المادة ٨٨ من أن :

" يعاقــب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على مائة جنـــيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابـــته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجـــور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصية أو القوامة أو الوكالة ، وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد" .

مـــادة (٣٣)

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

الشــــرح

٢٦٢ـ المقصود بالجنسية :

الجنســـية وصــــف فى الشخص يفيد قيام رابطة بينه وبين دولة معينة .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" الجنســـية هـــى رابطة أصيلة بين الدولة والفرد يحكم القانون نشـــأتها وزوالهـــا ويحدد آثارها ويقوم فى الأصل مع فكرة الولاء للدولة فتميز بطابعها السياسى وتنشئها الدولة بإرادتها المنفردة التى يتعيـــن تطبـــيقها لتحديد من يعتبر متمتعا بها أو خارجا عن دائرة مواطنيها " .

(القضية رقم٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٣/٧)

وتحديـــد جنسية الشخص ينطوى على أهمية بالغة بالنسبة إلى الحقوق السياسية التى يتمتع بها الوطنيون دون الأجانب .

وكذلـــك بالنســـبة إلـــى بعض الحقوق العامة التى تقتصر على الوطنين ، كعدم جواز إبعاد وطنى عن أراضى الدولة .

كمـــا أن الأجنـــبى يخضـــع فـــى إقامته لشروط معينة يحددها القانون.

كذلك للجنسية أهميتها فى حل مسائل تنازع القوانين عند تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص كما رأينا سلفا . إذ يتوقف عليها أحيانا معرفة المحكمة المختصة والقنون الواجب التطبيق فى القضية ذات العنصر الأجنبى . والأجنبى فى مصر كما فى معظم الدول يخضع فى أحواله الشخصية لحكم قانون جنسيته .

وتتحدد الجنسية إما على أساس النسب ، وهو ما يقال له حق الدم ، وبه يأخذ الولد جنسية أبيه ، وإما على أساس محل الميلاد وهو ما يقال له حق الإقليم ، وبه يكسب من يولد على إقليم معين جنسيته .

والغالب أن يجمع المشرع بين الطريقتين بنسبة تختلف باختلاف البلاد . وقد يكسب الشخص الجنسية بالتجنس إذا توافرت فيه الشروط التى ينص عليها قانون الدولة لكسب جنسيتها . وذلك عندما يرغب الشخص فى تغيير جنسيته الأصلية واكتساب جنسية أخرى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كل شخص طبيعى ينتمى إلى جنسية معينة . فالجنسية المصرية هى التى ينتمى إليها كل مصرى سواء أقام فى مصر أو

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٦ ومابعدها – عبد المنعم الصده فى نظرية الحق ص ٧٣ ومابعدها .

لم يقم، ويلاحظ أن الأشخاص الذين يثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبـية جنسـية تلـك الدول ، يعتبرون مصريين فى نظر القانون المصـرى والمحاكم المصرية وتتغلب بذلك الجنسية المصرية على الجنسيات الأجنبية (أنظر م٥٥ فقرة ، من المشروع) " [١].

٢٦٣- تنظيم الجنسية فى القانون المصرى :

لـم ينظم القانون المدنى الجنسية ، وإنما أشار فى المادة (٣٣) إلى أن الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص. ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم ولكن كان يقابلها المادة ٢ من الدستور ونصها " الجنسية المصرية يحددها القانون " .

وقـد بدأ تنظيم الجنسية المصرية بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ومـن بعده القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ ثم القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بتنظـيم جنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وأخيرا صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية .

وقد أخذ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ أساسا بحق الدم فى منح الجنسـية ، فكل من ولد لأب مصرى يأخذ هذه الجنسية يستوى فى هـذا أن يكـون قد ولد فى جمهورية مصر أم فى الخارج (م١/٢) فجنسـية الأب تثبـت للإبن الشرعى . إلا أن القانون قد أخذ بحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٣٠ ومابعدها .

الإقليم فى حالات معينة فمنح الجنسية لكل من يولد على إقليم مصر من أم مصرية ومن لأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، ومن ولد فـى مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا وهذا هو الولـد الطبـيعى ومن ولد فى مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط مولودا فيها ما لم يثبت العكس (م٢/٢، ٣ ،٤) .

ولمـا صدر القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القـانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥[(١)] عدل المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسـنة ١٩٧٥ فنصـت علـى أن يكون مصريا من ولد لأب مصرى أو لأم مصرية . فأصبحت الجنسية المصرية تمنح لكل من ولد لأم مصرية .

---

(١) الجـريدة الرسـمية العـدد ٣٨ مكررا (أ) فى ١٤ يولية سنة ٢٠٠٤ – وعمـل بـه اعتـبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٤ من القانون) – وننشر القانون المذكور فيما يلى :

قانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤
بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ سنة ١٩٧٥
بشأن الجنسية المصرية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يستبدل بنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية ، النص الآتى :

مادة (٢) :

"يكون مصرياً :

١- من ولد لأب مصرى ، أو لأم مصرية .

٢- مـــن ولـــد فى مصر من أبوين مجهولين . ويعتبر اللقيط فى مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس" .

ويكـــون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالا لأحكـــام الفقـــرة السابقة ، أن يعلن وزير الداخلية رغبته فى التخلى عن الجنسية المصرية ، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجود أيهما .

وللقاصـــر الذى زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة، أن يعلن رغبته فى استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد .

ويصـــدر بالإجـــراءات والمواعـــيد الـــتى تتبع فى تنفيذ أحكام الفقرتين الســـابقتين قـــرار مـــن وزير الداخلية ، ويكون البت فى زوال الجنسية المصرية بالتخلى أو ردها إعمالا لهذه الأحكام ، بقرار منه .

(المادة الثانية)

يلغى نص المادة (٣) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه .

(المادة الثالثة)

يكـــون لمـــن ولد لأم مصرية وأب غير مصرى قبل تاريخ العمل بهذا القـــانون، أن يعلن وزير الداخلية برغبته فى التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرياً بصدور قرار بذلك من الوزير ، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض .

ويترتـــب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصـــر بهذه الجنسية ، أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية باتباع ذات الإجراءات السابقة .

فـــإذا توفى من ولد لأم مصرية وأب غير مصرى قبل تاريخ العمل بهذا القانون. يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين.

والجنسية التى تكتسب فى الحالات السابقة تسمى الجنسية الأصلية لأنها تثبت بالميلاد.

كما أخذ القانون بالجنسية المكتسبة أو اللاحقة ، إذ نصت المادة السابعة من القانون على أن : " لاتكتسب الأجنبية التى تتزوج من مصرى جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج ، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية " .

ولم يساوى المشرع بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة عندما نصت المادة التاسعة منه على أن : " لا يكون للأجنبى الذى اكتسب الجنسية المصرية طبقا للمواد ٣، ٤ ، ٦، ٧ حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ

وفى جميع الأحوال ، يكون إعلان الرغبة فى التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجود أيهما .

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٦ جمادى الأولى سنة ١٤٣٥ هـ (الموافق ١٤ يولية سنة ٢٠٠٤ م) .

حسنى مبارك

اكتسابه لهذه الجنسية ، كما لايجوز انتخابه أو تعيينه عضوا فى أية هيئة نيابية قبل عشر سنوات من التاريخ المذكور ، ومع ذلك يجوز بقــرار من رئيس الجمهورية الإعفاء من القيد الأول أو من القيدين المذكورين معا .

ويجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من القيد الأول أو من القيديــن المذكوريــن معا من انضم إلى القوات المصرية المحاربة وحارب فى صفوفها .

ويعفـــى من هذين القيدين أفراد الطوائف الدينية المصرية فيما يــتعلق بمباشرة حقوقهم فى انتخاب المجالس المحلية التى يتبعونها وعضويتهم .

٢٦٤ـ إثبات الجنسية :

تــنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ على أن : "يقـــع عـــبء إثبات الجنسية على من يتمسك بالجنسية المصرية أو يدفع بعدم دخوله فيها ".

فـــإذا كـــان الشخص يدعى تمتعه بالجنسية المصرية كان عليه عـــبء إثبات تمتعه بهذه الجنسية ، وإذا كان يدعى عدم دخوله فى هذه الجنسية وقع عليه أيضا عبء إثبات ذلك .

وتـــنص المادة ٢١ من القانون على أن : "يعطى وزير الداخلية كـــل ذى شـــأن بالجنسية المصرية مقابل أداء رسم لايجاوز خمسة

جنـــيهات وذلـــك بعـــد التحقق من ثبوت الجنسية ، ويصدر بتحديد الرسم قرار من وزير الداخلية ويكون لهذه الشهادة حجيتها القانونية مـــا لـــم تلغ بقرار مسبب من وزير الداخلية ويجب أن تعطى هذه الشـــهادة لطالبها خلال سنة على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب ، ويعتبر الامتناع عن إعطائها فى الميعاد المذكور رفضا للطلب".

إلا أنـــه يجوز لصاحب المصلحة إثبات ما يناقض ما جاء بهذه الشهادة . ويخضع الأمر فى النهاية لتقدير محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض ـ بصدد إثبات الجنسية ـ بأن :

١- " تثبت الجنسية بالشهادات الرسمية التى تصدر من السلطة المحلـــية أو الســـلطات الأجنبية المختصة . وتعتبر ذلك دليلا أوليا لإثـــبات الجنســـية ما لم يظهر ما يناقضها إذا أنها تصدر من واقع ســـجلات ولاتعطى إلا بعد أن تكون السلطة التى أعطتها قد قامت بعمـــل التحريات اللازمة للتأكد من صحة ما جاء بها ولايتعارض هـــذا مع نص المادة ٢٢ من قانون الجنسية ذلك أن المقصود بهذه المـــادة هـــو وضع قرينة تخفف على وزير الداخلية وبالتالى على القضـــاء مهمـــة الفصل فى مسائل الجنسية ولكنها قرينة تقوم على الافتراض وتسقط متى ثبتت الجنسية على وجه قانونى ظاهر. وإذن فمـــتى كان الحكم قد استند فى إثبات جنسية أحد الرعايا اليونانيين قـــبل وفاتـــه إلى شهادة صادرة من القنصلية اليونانية وإلى موافقة

الحكومـــة المصرية على ما ورد فيها فإن الحكم لا يكون قد خالف القـــانون ما دام لم يقدم ما ينقض الدليل المستمد من تلك الشهادات ولم يثبت أن هذا الشخص تخلى عن جنسيته اليونانية قبل وفاته " .

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٢- " مفـــاد نص المادتين ١٩، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخـــاص بالجنســـية أن الشهادة الصادرة من وزير الداخلية لأحـــد الأشخاص بناء على طلب الجنسية ليس من شأنها أن تكسبه الجنســـية المصـــرية ، وإنما هى دليل ليست له حجية قاطعة يجوز إثـــبات مـــا يخالفهـــا بـــأى طريق من الطرق التى تراها المحكمة المختصـــة بالفصل فى النزاع ، وأن المشرع إنما قصد أن يفرض علـــى صـــاحب الشـــأن الالـــتجاء إلى وزارة الداخلية إذا هو أراد الحصـــول علـــى دلـــيل لإثبات الجنسية ، ولم يستلزم لاختصاص المحكمـــة الحصول على شهادة من وزارة الداخلية أو بتقديم طلب للحصـــول عليها ، وهى تقضى فى دعوى الجنسية على أساس ما **يقـــدم لها من أدلة كما تقضى بثبوتها لمن تتوافر فيه إحدى حالاتها التى نص عليها قانون الجنسية ، ولايوجد فى نصوص القانون رقم ١٦٠ لســـنة ١٩٥٠ ما يمنع صاحب الشأن من اللجوء إلى القضاء مباشـــرة بطلـــب الاعتراف بالجنسية مجردة عن طلب إلغاء قرار**

وزيـــر الداخلـــية برفض إعطاء الشهادة الدالة عليها خلال الميعاد المحدد لطلب الإلغاء أو بعد انقضائه " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)

٢٦٥ـ الاختصاص بنظر منازعات الجنسية :

تختص بنظر دعاوى الجنسية محاكم مجلس الدولة دون غيرها (م١٠/ ســـابعا) مـــن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة . ويناط الاختصاص بالفصل فيها إلى محكمة القضاء الإدارى (م١٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " جرى قضاء محكمة النقض على أن القضاء هو المختص بالفصـــل فى المنازعات الناشئة عن أحكام قانون الجنسية رقم ١٩ لســـنة ١٩٢٩ الـــذى كان يتضمن بنص المادتين ٢٠، ٢١ أحكاما مماثلة لنص المادتين ١٩ ، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ وهو وضع لم يتغير بصدور هذا القانون الذى جاء خاليا من النص علـــى تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبـــيق أحكامـــه . يؤكـــد ذلك أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة لايتضمن أى منهما النص صراحة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى دعـــاوى الجنســـية حتى صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذى

نــص فـــى المـــادة الثامنة منه على أن يختص مجلس الدولة بهيئة قضـــاء إدارى دون غــيره بالفصل فى دعاوى الجنسية وهو نص مستحدث ، ولايسرى على الدعاوى التى كانت منظورة أمام جهات قضـــائية أخـــرى وأصبحت بمقتضى أحكامه من اختصاص مجلس الدولـــة ، وتظل أمام تلك الجهات حتى يتم الفصل فيها نهائيا عملا بالمادة الثانية من قانون الإصدار " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)

وعلى ذلك إذا أثيرت أمام إحدى محاكم القضاء العادى منازعة جدية متعلقة بالجنسية تعين على المحكمة وقف الفصل فى الدعوى حـــتى يتم الفصل نهائيا فى هذه المسألة الأولية من محكمة القضاء الإدارى (م١٦مـــن قـــانون السلطة القضائية رقم ٤٦لسنة١٩٧٢، ١٢٩ مرافعات) [١].

---

(١) والمادة ١٦ تنص على أن :

" إذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل فى الدفـــع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة فإن لم تر لـــزوما لذلـــك أغفلـــت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى .وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن تنظيم مجلس الدولة على أنه " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية " ... سابعا : دعاوى الجنسية " يدل على أن محاكم مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل فى كافة منازعات الجنسية أيا كانت صورتها أى سواء كانت فى صورة دعوى أصلية بالجنسية ، أم فى صورة طعن فى قرار إدارى صادر فى الجنسية ، أم فى صورة مسألة أولية فى دعوى أصلية يتوقف الفصل فيها على الفصل فى تلك المسألة ولو كانت الدعوى الأصلية قائمة أمام القضاء العادى فى حدود اختصاصه وأثير النزاع فى الجنسية ، وكان الفصل فيها يتوقف عليه الفصل فى الدعوى ، إذ يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن توقف الدعوى وتحدد للخصم ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من مجلس الدولة فى مسألة الجنسية ، وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى هذه المسألة فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها ، أما إذا رأت أن وجه المسألة فى الجنسية ظاهر بحيث لايحتاج الأمر للفصل فيه بمعرفة مجلس الدولة أغفلت المسألة وحكمت فى موضوع الدعوى على أساس ما ثبت لديها من وقائعها فى شأن الجنسية ، وذلك عملا بالمادة ١٦

مــن القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢افى شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ مرافعات ".

(طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)

٢-" المقــرر أن الدفــع بعدم الاختصاص الولائى يعتبر دائما مطروحا على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام ولو لم يدفع به أمامها ، فلا يسقط الحق فى إبدائه والتمسك به حتى ولو تنازل عنه الخصــوم ، ويجــوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا لم يســبق طرحه على محكمة الموضوع ، كما يجوز لمحكمة النقض أن تثــيره مــن تلقاء نفسها ، لما كان ذلك وكان الفصل فى جنسية الطاعن مسألة أولية تخرج عن نطاق الاختصاص الولائى للمحاكم، وتدخــل فــى اختصــاص مجلس الدولة وحده طبقا للمادة ١٠ من القــانون رقــم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وكان النزاع على جنسية الطاعن نزاعا جديا يتوقف على الفصل فيه الفصل فى الدعوى ، فإن الحكم المطعــون فــيه إذ فصل فى هذه المسألة يكون قد أخطأ فى تطبيق القــانون، وخرج بقضائه عن الإختصاص الولائى للمحكمة ، ولما كــان هــذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها عملا بالحق المخول لها فى المادة ١/٢٥٤ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)

مـــادة (٣٤)

١- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه .

٢- ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.

الشـــرح

٢٦٦ـ تكوين أسرة الشخص من ذوى قرباه :

أسرة الشخص هم ذوو قرباه .

ويعتبر قريبا للشخص من يجمعه به أصل مشترك ذكرا كان أو أنثى .

والقرابة إما تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشى . وسنعرض لبيان ذلك بالتفصيل فى شرح المادة (٣٥) .

مـــادة (٣٥)

١- القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الأصول والفروع .

٢- وقـــرابة الحواشـــى هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر .

الشـــــرح

٢٦٧- المقصود بالقرابة المباشرة :

القـــرابة المباشـــرة بين شخصين تتحقق إذا تسلسل أحدهما من الآخـــر كمـــا هـــو الأمر بين الأصول والفرع ، مهما علا الأصل ومهما نزل الفرع .

فـــالأب قريـــب مباشر وكذلك أبو الأب وإن علا وأم الأب وإن علـــت . والأم قريب مباشر وكذلك أبو الأم وإن علا وأم الأم وإن علـــت . وكـــل أصل من هؤلاء يعتبر كل من أبيه وأمه أصلا أى قريبا مباشرا [١].

٢٦٨- المقصود بقرابة الحواشى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وقرابة الحواشى هى الـــرابطة مـــا بيـــن أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر " .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص٣٣٢.

فقـــرابة الحواشى تختلف عن القرابة المباشرة فى أنه لاتسلسل فيها، وإن كان يجمع الشخصين أصل مشترك .

فالأخ والأخت من الحواشى وفروعهما وإن نزل . كذلك يكون من الحواشى العم والعمة وفروعهما وإن نزل وعم الأب والجد وإن عـــلا وفـــرع هؤلاء وإن نزل وما ذكر عن العم والعمة يصح فى الخال والخالة وهكذا .

وينتســب للشـــخص من جهة أبيه وفروع أبيه وفروع أبى أبيه وفـــروع أم أبـــيه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أبيه . وينتســـب له من جهة أمه فروع أمه وفروع أبى أمه وفروع أم أمه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أمه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مـــؤدى نصـــوص المواد ٨٨ فقرة (ب) من قانون العمل رقم ٩١ لســـنة ١٩٥٩ ، ٣٤ ، ٣٥ ، من القانون المدنى مجتمعة ، أن أفراد أسرة صاحب العمل الذين استثناهم المشرع من تطبيق أحكام الفصل الثانى من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ هم ذوو قرباه بصفة علمـــة الذين يجمعهم أصل مشترك ، سواء كانت قرابتهم مباشرة ، وهـــى الصلة ما بين الأصول والفروع ، أو قرابة حواشى ، وهى الـــرابطة مـــا بيـــن أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص٣٣٢.

أحدهـم فرعا للآخر ، متى كان يعولهم فعلا . والقول بغير ذلك ، وقصـر أفـراد أسـرة صاحب العمل الذين استثناءهم المشرع من تطبيق أحكـام الفصـل الثانى من قانون العمل على ذوى قرباه المباشـرين، وهم أصوله وفروعه ، تخصيص لنص المادة ٨٨ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، بغير مخصص " .

(طعن رقم ٣٧٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢١)

٢- " إذ نص المشرع فى المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات ، على أن يعفى من الرسم الـدار المخصصـة لسكنى أسرة المتوفى والمفروشات المخصصة لاسـتعمالهم ، إلا أنـه لم يحدد المقصود بالأسرة فى تطبيق الحكم المذكـور ، فيتعين الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى ، وقد جرى الفقه فى ظل التقنين المدنى القديم على أن أسرة الشخص تشمل ذوى قرباه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصـل مشـترك سواء كانت قرابتهم مباشرة ، وهى الصلة ما بين الأصول والفروع ، أو قرابة حواشى وهى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهـم أصل مشترك ، دون أن تكون أحدهم فرعا للآخر وهو ما نص عليه المشرع فى المادتين ٣٤، ٣٥ من التقنين المدنى الحالى. والقـول بغـير ذلـك وقصر أفراد أسرة المتوفى على ذوى قرباه **المباشـرين وهم أصوله وفروعه ممن كان يعولهم ، هو تخصيص**

لـــنص المـــادة ١٢ ســـالفة الذكر بغير مخصص . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضائه على أن المطعون عليهم وهـــم أبناء أخ المتوفى وأبناء أخته المتوفاة ، يعتبرون من أسرته ، وأعفـــى مـــن الرســـم الـــدار موضوع النزاع المخصصة لسكناهم والمفروشات الموجودة بها المخصصة لاستعمالهم ، فإنه لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١١)

٢٦٩ـ أهمية معرفة القرابة ودرجتها :

تبدو أهمية معرفة القرابة ودرجتها ، سواء كانت قرابة بالنسب أو المصـــاهرة – كمـــا سنرى– فى أن القانون يعتد بهذه القرابة أو بدرجة معينة منها فى تحديد بعض الأحكام القانونية .

ومن أمثلة ذلك :

١– أن نفقة الأولاد الصغار تكون على أبيهم .

٢– مـــا تنص عليه المادة ٩٣٩/ب مدنى من أنه لايجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

٣– مـــا تـــنص عليه المادة ١/١٤٦ مرافعات من أن القاضى يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم

يـــرده أحد الخصوم إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

٤- تبدو أهمية قرابة النسب والمصاهرة فى شأن الزواج ، عند تحديد المحرمات من النساء .

٥- للقرابة بالنسب أهمية عند استحقاق الميراث .

مـــادة (٣٦)

يـــراعى فـــى حســـاب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجـــة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا مـــنه إلـــى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

الشـــــرح

٢٧٠ـ احتساب درجة القرابة المباشرة :

القـــرابة المباشـــرة- كما رأينا – درجات، ودرجة القرابة هى مقدار بعد الفرع عن الأصل فى عمود النسب ، وهى تقدر بما بين فـــرع معيـــن ، وأصله من فروع متوسطة حتى نصل إلى الأصل، وذلـــك مـــع حسبان الفرع المراد معرفة درجة قرابته دون حسبان الأصل . أى أننا إذا أردنا أن نعرف درجة قرابة فرع معين بأصله يجـــب أن نحســـب كل فرع بين الأصل وبين الفرع المراد معرفة درجـــته مع حسبان هذا الأخير وعلى ذلك فالابن قريب من الدرجة الأولـــى وابـــن الإبـــن قريب من الدرجة الثانية والأب قريب من الدرجة الأولى والجد قريب من الدرجة الثانية [١].

---

(١) عبد الحى حجازى ص ١٢٦ – عبد المنعم الصده ص ٧٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" درجـــة القـــرابة المباشرة تتحدد باعتبار كل فرع درجة دون حسبان الأصل فالأب والأم فى الدرجة الأولى وكذلك الإبن والبنت. وأبـــو الأب وأم الأم وأم الأم فـــى الدرجة الثانية وكذلك ابن الابن وبنت الإبن وابن البنت وبنت الإبن وهكذا " [١].

٢٧١ـ احتساب درجة قرابة الحواشى :

نكـــرنا ســـلفا أن قرابة الحواشى هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر .

وقرابة الحواشى على درجات ، وتحسب درجة قرابة الحواشى. بجميع عدد الدرجات التى بين الشخص المراد معرفة درجة قرابته وبيـــن الأصل صعودا ، على عدد الدرجات التى بين نفس الأصل المشترك وبين الشخص المراد معرفة درجة قرابته نزولا .

ومنثم لزم لحسبان درجة القرابة أن نصعد من الشخص المراد معـــرفة درجـــة قرابـــته ونحسب كل شخص يقابلنا درجة حتى إذا وصـــلنا إلى الأصل لانحسبه درجة وننزل منه إلى الشخص الآخر المراد معرفة درجة قرابته [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٣٥.

(٢) عبد الحى حجازى ص ١٢٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٧٦ .

لذلــك يكــون الأخ والأخت قريبين من الدرجة الثانية والخال والخالة والعم والعمة أقارب من الدرجة الثالثة وابن العم وابنة العم وابن الخال وابنه الخالة أقارب من الدرجة الرابعة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" أمــا درجة قرابة الحواشى بين شخصين فتتحد بصدد الفروع الــتى تصــل كل شخص بالأصل المشترك مع حساب كل شخص منهما فرعا وعدم حساب الأصل المشترك فالأخ فى الدرجة الثانية وابن الأخ فى الدرجة الثالثة وكذلك العم . أما ابن العم ففى الدرجة الــرابعة (أنظر م ٢٤٠ فقرة ٢٧٥/٢ فقرة ٢ من قانون المرافعات وهــى تتفق مع نص المشروع وأن كان الفقه المصرى اختلف فى تفسيرها) [١].

٢٧٢ـ آثار القرابة :

تترتــب علــى القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها ، وتبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقــوق الشخص والتزاماته العائلية بحسب مركزه فى الأسرة قبل باقى أعضائها ، وعلى ذلك بأنه يتولد عن القرابة حقوق للآباء على الأبــناء وحقوق للأبناء على الآباء . كما يترتب على القرابة حقوق مالــية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب ، وقد تعتبر القرابة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٣٥ .

مانعا من موانع الزواج ، إذ يحرم على الشخص الزواج من أقاربه إلى درجات معينة .

وللقرابة كذلك آثارها في تحديد ما يثبت للشخص من حقوق كما تؤثر في نشاطه القانوني [١].

ومـــن أمـــثلة ذلـــك ما تقضي به المادة ٢/٢٢٢ مدني من أنه لايجــوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب شخصا مـــن تألمـــه مـــن جراء موت المصاب إلا للأزواج والأقارب من الدرجة الثانية .

---

(١) نبيل سعد ص ١٤٦ .

مـادة (٣٧)

أقـارب أحـد الزوجيـن يعتـبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر .

الشـرح

٢٧٣ـ القرابة بالمصاهـرة :

القـرابة بالمصـاهرة هى القرابة التى تنشأ بسبب الزواج بين الـزوج وأقـارب الـزوج الآخر. وتقضى المادة بأن " أقارب أحد الزوجيـن يعتـبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخـر" وعلـى ذلـك فإن أب الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجـة الأولـى للزوجة ، لأنه قريب بالنسبة لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى. وشقيق الزوجة قريب الزوج من الدرجة الثانية لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة نسب من الدرجة الثانية [١].

وقـرابة المصـاهرة لاتقوم إلا بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر ، فلا تقوم بين أفراد عائلة الزوج وأفراد عائلة الزوج الآخر. وعلـى ذلـك فـأخو الزوج لاتربطة أية قرابة بأخى الزوجة، وأم الزوجة لاتربطها قرابة ما بأبى الزوج .

---

(١) الدكـتور نبيل إبراهيم سعد نظرية الحق ١٩٩٥ ص ١٤٥ – عبد المنعم الصده ص ٧٧ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشـــخص يعتـــبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة لزوج الشخص الآخر وهذا من طريق المصاهرة . ويتبين من ذلك أن القرابة (بما فـــى ذلك المصاهرة) إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج " [١].

وقــد قضت محكمة النقض بــأن :

١- " مفاد المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدنى مترابطة أنـــه يقصد بالقرابة تحديد مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضـــوا فـــيها تربطه بباقى أعضائها قرابة نسب أو قرابة إصهار، بمعـــنى أن الأســـرة تنـــتظم ذوى القربى ، وقد يكون منشأ القرابة الزوجية أو الاجتماع فى أصل مشترك ودم واحد وهى قرابة النسب ســـواء كانت قرابة الولادة أو قرابة الحواشى ، وقد يكون مرجعها العلاقـــة بيـــن الزوج وأقارب الزوج الآخر وهى قرابة المصاهرة، فـــإذا تحـــددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشخص يعتبر فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخـــر وهو ما جلته المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقا على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٣٦ ومابعدها .

المادة ٣٧ من أن " القرابة - بما فى ذلك المصاهرة- إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج ".

(طعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

٢- " إن النص فى المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجرين- المنطبق على واقعة الدعوى - قد أطلق القول فى صدد انتقال حقوق المستأجر إلى سائر الأقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجه أو أولاده أو والديه بشرط إقامتهم معه بصفة مستقرة مدة سنة على الأقل سابقة على وفاته أو مدة شغله المسكن أيهما أقل، وعقد الإيجار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- له طابع عائلى وجماعى لايتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن ثم فإن القرابة المعنية بالفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة بحيث يعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وفق المادة ٣٧ من القانون المدنى- يؤيد هذا النظر أن الفقرة الأولى من ذات المادة أشارت إلى الزوجة إضفاء للطابع الأسرى لعقد إيجار الأماكن ، ويساند هذا القول أن المشرع أفصح عن مقصوده فى المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - والمقابلة

للمــادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ – وأوضح أن النص على الأقــارب حتى الدرجة الثالثة يتسع للأقارب نسبا أو مصاهرة على ســواء . لمــا كان ذلك وكان الحكم قد بنى قضاءه على أساس أن المــادة سالفة الذكر مقصورة على أقارب النسب ولاتمتد إلى قرابة الأصــهار ، ورتب على ذلك أن إقامة مورث الطاعنة الثانية بعين الــنزاع مهمــا اســتطالت لاتنشئ له حقا ، وحجب بذلك نفسه عن تمحــيص توافــر شــرائط انطــباق هذه المادة عليه وهل من حقه الاستفادة منها حال ترك المستأجر الأصلى عين النزاع، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

٢٧٤ـ قرابة المصاهرة لاتنقضى بوفاة أحد الزوجين :

تنقضــى قرابة المصاهرة بالطلاق ، إذ يصبح كل من الزوجين غريــبا عــن الآخر ، أما إذا توفى أحد الزوجين ، فلا يترتب على الوفاة انقضاء علاقة المصاهرة ، فالزوج الآخر لايصبح غريبا من زوجــه بالوفاة ، وبالتالى يظل أقرباء أحدهما أقرباء للزوج الآخر وفى ذات درجة القرابة التى كانت للقريب قبل الوفاة [١].

يــدل علــى ذلــك أن الزوج يحضر غسل زوجته عند وفاتها والعكس فقد حظرت الشريعة الإسلامية حضور الرجل غسل المرأة

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

الأجنبيــة عــنه والعكــس ولم يحظر حضور الزوج غسل زوجته باعتــباره ليس من الغرباء بالنسبة لها . فقد روى أن الرسول عليه الصــلاة والسلام قال لزوجته السيدة عائشة رضى الله عنها عندما كانت تلازمه قبيل وفاته إذا توفيت يا عائشة لغسلتك بيدى ، وهوما يقطــع بــأن الوفــاة لاتجعــل الــزوج غريبا عن زوجته وبالتالى لاتنقضىة قرابة المصاهرة بالوفاة [١].

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" الأقرباء بالمصاهرة – فى مجال تطبيق النص المطعون فيه– يتربصــون عــادة بالمؤجــر ختالا، متخذين من إقامتهم فى العين المؤجرة للمدة التى حددها المشرع ، موطنا لاستلابها ، بعد توقعهم دنــو أجل مستأجرها – لمرض أو غيره – فإذا شغلها أحد هؤلاء الأقــارب بعــد وفاة مستأجرها ، انتقل حق الانتفاع بها – إذا توفى بــدوره – إلــى من شاركوه من أصهاره سكناها كلما توافرت فى شــأنهم الشــروط الــتى حددها المشرع ، ومن هؤلاء إلى آخرين بالشــروط عينها فلا ينتزعها منهم أحد ، بل تتصل أيديهم بها تعاقبا علــيها ، لايــنفكون عنها أو يبرحونها . ومن ثم يكون الاصطناع طــريقهم للتسـلط علــيها ، والانفراد بها من دون مؤجرها ، فلا

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

يفارقونهـــا أبدا ، ولو بعد العهد على العقد الأول ، مما ظل زمامها بيد من يتداولونها ، لايتولون عنها .... الخ " .

(القضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية " دستورية" جلسة ١٩٩٧/١/٤)

وقرابة المصاهرة محدودة فى آثارها إذا قارناها بقرابة النسب. فقـــرابة النســـب يترتـــب عليها الحق فى النفقة لفريق من الأقارب الفقـــراء وهم الأقارب المحرمون طبقا للمذهب الحنفى المعمول به فى مصر . أما قرابة المصاهرة فلا تعطى الحق فى النفقة . وكلتا القرابتيـــن لهـــا أثر فيمن يحل الزواج منهن من النساء ولكن نطاق الـــتحريم بســـبب النســـب أوسع مما هو عليه بسبب المصاهرة ، وكلـــتاهما يظهـــر أثـــرها كذلك فى تطبيق بعض أحكام خاصة فى القانون ، وإن كانت الأولى أبعد أثرا من الثانية .

ولـــيس هـــناك فى القانون المصرى غير قرابة النسب وقرابة المصـــاهرة . فالقرابة الطبيعية parenténaturelle التى توجد فى بعـــض الشـــرائع الأجنبية ، وتنشأ من اتصال رجل بامرأة اتصالا غـــير شـــرعى ينتج ولدا ، هذه القرابة لايعرفها القانون المصرى. فلـــيس للولد غير الشرعى حقوق أسرة فى القانون المصرى، سوى أن يثبـــت نســـبه من أمه ، فيرثها هى وقرابتها (م ٤٧ من قوانين الميراث).

كذلــك لايوجــد فى القانون المصرى نظام التبنى الذى تترتب عليه بعض آثار البنوة [١].

٢٧٥- الزوجة ليست من درجــات القرابة :

رابطة الزوجية ليست من القرابة ومن ثم لاتدخل فى درجاتها، فأساس الزوجية هو عقد الزواج المبرم بين الزوجين[٢]. ولذلك نجد أن المادة ٣٥ مدنى لم تدخل الزوجية ضمن القرابة ، إذ نصت على أن : "١- القرابة المباشرة هى الصـــلة ما بين الأصول والفروع . ٢- وقــرابة الحواشى هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر " .

ونجــد أيضا فى كثير من التشريعات أن المشرع يحرص على عدم إدخال الزوجة ضمن الأقارب .

ومثال ذلك :

١- مـــا كانــت تــنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - كما وردت بالقانون عند صدوره- على أن :

" مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لاينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجه أو

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٨ .

(٢) ومـــع ذلــك نجد بعض الفقهاء يطلق عليها " قرابة الزواج"- عبد الحى حجازى ص ١٢٨ .

أولاده أو أى مـــن والديـــه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسبا أو مصاهرة حتى الدرجـــة الثالـــثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجرأو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل " .

٢- مـــا تـــنص علـــيه الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفة الذكر (مستبدلة بالمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧) من أن :

" فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهـــنى أو حرفى ، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد ، أزواجا وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكـــورا وإناثا من قصر وبلغ ، يستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم ... الخ " .

٣- مـــا تـــنص علـــيه المادة ١٤٦ مرافعات من أنه : " يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية :

١- إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

٢- إذا كـــان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته .

٤- إذا كــان   له أو لزوجــته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمــود النســب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة ... الخ " .

مـــادة (٣٨)

يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .

الشــــرح

٢٧٦- حـق الشخص فى الاسم واللقب :

لكل شخص الحق فى أن يتميز بشخصه عن أشخاص الآخرين. ولما كان هذا يتم له عن طريق الاسم كان لكل شخص الحق فى أن يكـــون له اسم . والاسم بهذا المعنى ضرورة اجتماعية للتعبير عن ذاتية كل شخص .

والاسم يطلقه ولى الطفل عليه عند ولادته. وأحيانا تقوم الجهات الإدارية بتسميته الطفل مثل حالة اللقيط والطفل غير الشرعى .

وقـــد نـــص المشرع فى المادة ٢١ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن الأحـــوال المدنية على أنه : " لايجوز إشتراك أخويـــن أو أختيـــن من الأب فى اسم واحد ، كما لايجوز أن يكون الاسم مركبا أو مخالفا للنظام العام أو لأحكام الشرائع السماوية" .

غـــير أنـــه يجـــوز للأسر المصرية التى قامت بتسمية أطفالها بأســـماء مخالفة أن تقوم بتغير هذه الأسماء طبقا لما نص عليه فى المادة ٤٦ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ كما رأينا سلفا [١].

---

(١) الدكـــتور محمـــد عـــبد الوهاب خفـــاجى مبادئ القانون الطبعة الأولى ١٩٩٧/١٩٩٨ ص ٣١٤ .

وقـد جددت المادة فى اسم الشخص الطبيعى بأن فرضت على كـل شـخص أن يتخذ إلى جانب اسمه لقبا يميزه فإن الاسم وحده لايكفى للتمييز والتشابه فيما بين الأسماء يكون سببا للبس [١].

فالاسم يتكون من عنصرين : الاسم الشخصى واللقب .

فالاسـم واللقب يؤديان إلى تحديد وتمييز الشخص وأسرته فى نفس الوقت .

فاللقـب يعبر عن الانتماء ، أما الاسم فهو الشخصية لأنه يدل على شخص معين .

ويقصـد باللقب اللفظ الذى يطلق على الأسرة التى ينتمى إليها الشخص ، ويشترك كل أفراد هذه الأسرة فى حمله [٢].

فاللقـب يكتسب بالنسب . ولهذا أوضحت المادة (٣٨) أن لقب الشخص يلحق أولاده فيأخذ الإبن لقب أبيه . فهذا الاكتساب يحصل وفقـا لحق الدم لا وفقا لحق الإرث ، لأن الطفل يكسب اللقب حال حياة والده لا بعد وفاته فحسب .

فالولد يأخذ لقب أبيه ، ولو رغما عنه .

غـير أن لقـب الشـخص لا يلحـق زوجته، بل تظل الزوجة محـتفظة بلقـب أسرتها الأصلية . وذلك بخلاف الحال فى أوربا ، حيث تأخذ المرأة لقب زوجها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٣٨ .

(٢) الدكتور حسام الاهوانى نظرية الحق طبعة ١٩٧٣ ص ٨٩ .

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى (برقم ٦٩) تنص فـــى فقرتها الثانية على أن لقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده كما يلحق زوجته فى حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها ، إلا أنه حال مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى اعترض على حكم إلحاق لقب الشخص بزوجته واقترح حذف الحكم فوافقت اللجنة على ذلك لأن هـــذا النظام نظام أوربى لم يتعوده المصريون . فلما يستقر العرف على أن لقب الزوج يلحق الزوجة [١].

وقبل أن يوجب التقنين المدنى الجديد اتخاذ الشخص لقبا لنفسه ، كان يجرى العرف فى مصر على اتخاذ هذا اللقب .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد اتخذ كثير من الناس إلى جانب أسمائهم ألقابا يعرفون بها ولكـــنهم فعلوا ذلك عن طواعية . أما المشروع فيجعل اتخاذ اللقب أمرا واجبا إذ يفرض على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقبا إلى جانب اسمه ... الخ " [٢].

وسنرى أن المادة (٣٩) تنص على أن : " ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الأتعاب وتغييرها" وحتى الآن لم يصدر هذا التشريع،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٣٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٣٨ .

وهــذا ما يفسر لنا أن الأغلبية العظمى من الناس لايتخذون لأنفسهم ألقابا ، مكتفين بأسمائهم مقرونة بأسماء آبائهم وأجدادهم .

٢٧٧ـ يجـب ألا ينطوى الاسم على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل وألا يكون منافيا للعقائد الدينية :

تركت التشريعات المتعاقبة المنظمة للإبلاغ عن المواليد للأفراد الحـرية المطلقة فى اختيار الاسم الشخصى إلا أن المبادئ العامة للقانون كانت تقضى ألا يكون فى ذلك الاسم ما يخالف النظام العام والآداب [١].

غير أنه لما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل ، نص فى مادته الخامسة على أن :

---

(١) حســام الدين الأهوانى ص ٩٥ – ولقد أراد المشرع الفرنسى أن يضع شيئا من النظام فى تلك المسألة . وحتى يتفادى وجود أسماء غير مقبولة فقرر منذ القرن الماضى أنه يجب أن يكون الاسم الشخصى مختارا بين أسماء مشاهير الشخصيات فى التاريخ القديم .
ولقــد آثــار ذلك القانون مشاكل عملية كثيرة فمثلا ما المقصود برجال التاريخ القديم فمع مرور الزمن يصبح التاريخ الحديث قديما .
ولذلــك فإنــه حتى قبل إلغاء ذلك القانون فإن موظفى الحالة المدنية فى فرنســا كانوا يغضون النظر عن ذلك القانون . ويقبلون قيد اسم الطفل حتى لو لم يكن فى الحدود التى وضعها ذلك القانون .
وقد ألغى المشرع الفرنسى أخيرا ذلك القيد وعاد إلى حرية اختيار الاسم وذلــك بمقتضى التعليمات الصادرة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٦ (حسام الأهوانى ص ٩٠ ومابعدها) .

" لكل طفل الحق فى أن يكون له اسم يميزه ، ويسجل هذا الاسم عند الميلاد فى سجلات المواليد وفقا لأحكام هذا القانون .

ولايجــوز أن يكون الاسم منطويا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافيا للعقائد الدينية " .

فــلا يجوز إذن تسمية الطفل باسم ينطوى على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل . وهناك العديد من الأسماء التى تحمل معنى التحقير والمهانة لكرامة الطفل والمتواجدة فى الشارع المصرى[١].

ويجــب أيضا ألا يكون الاسم منافيا للعقائد الدينية ، ومثل ذلك اسم " كافر" أو " زنديق " مثلا .

غــير أن الــبعض يرى – بحق – أن قانون الطفل لم يضع أية ضــمانة قانونــية لكفالــة احــترام اسم الطفل والذى قد يؤثر على ســلوكياته ، فلــم يفرض أية عقوبة على الأب ، كما أنه لم يفرض الــتزاما على المختصين بسجلات المواليد بعدم تسجيل هذه الأسماء الــتى تنطوى على المعانى المؤسفة السابقة ، ويرى أن يضاف إلى صــياغة المــادة المشار إليها توقيع غرامة مالية على من له ولاية

---

(١) وقــد ذكر الدكتور محمد عبد الوهاب خفاجى فى مؤلفه المشار إليه ص ٣١٣ هامش (١) أمثلة لهذه الأسماء وهى :

" القــرموطى – قرده – الجحش – البرغوث – كوسة– شطة– بمبة – حوكشة – زعبلة – كمبورة – عقب– حريقة– جميز– بلية– أبو حديدة– صرصار– الفناجيلى – الحيوان – البورص – الوحش " .

تحديد الاسم فى الأسرة بغرامة قدرها مائة جنيه مثلا ، كما يضاف إليها كذلك حظر على الموظفين القائمين على تسجيل أسماء المواليد يقضى بالتزام هؤلاء الموظفين بعدم قيد الأسماء التى تنطوى على التحقير أو المهانة لكرامة الطفل أو أن تكون منافية للعقائد الدينية. إذ الحظر الوارد فى المادة الخامسة من قانون الطفل ينصرف أثره إلى أسرة الطفل التى تقوم بتسميته لا إلى الموظف المختص بقيد أسماء المواليد فى سجلات المواليد ، كما أنه يتعين إيجاد لجنة يرجع إليها بصدد الأسماء المؤسفة لتحديد ما يكون منطويا من الأسماء على معانى التحقير أو امتهان كرامة الطفل أو منافاة للعقائد الدينية .

٢٧٨- طبيعة الاسم :

للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية[١] من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى . ولذلك فإن كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى:

---

(١) ويرى بعض الفقهاء أن للشخص على اسمه حق ملكية ، وأيدت بعض المحاكم الفرنسية هذا الرأى . وهذا الرأى انتقده أغلب الفقهاء استنادا إلى أن حق الملكية لايرد إلا على الأشياء المادية ، فى حين أن الاسم هو شئ معنوى . ثم إن حق الملكية هو حق مالى ، أى يقوم بالنقد ، فى حين أنه لايمكن القول بأن حق الشخص على اسمه يساوى مبلغا من المال .

(أ) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية :

يكتسب الاسم- باعتباره-من حقوق الشخصية-صفات الشخصية ، وهى عدم القابلية للتصرف والتقادم .

١- عدم القابلية للتصرف :

مادام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعى أن يكون لصيقا بالشخص وأن يمتنع لذلك التصرف فيه - سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية - أو تخويل الغير حق استعماله .

ولكن إذا كان مبدأ امتناع التصرف فى الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ إذن بحدود هذا الغرض. ولذلك حيث يستعمل الاسم فى غير هذا الغرض، فليس ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو التنزول عنه أو الترخيص للغير فى استعماله .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق فى إطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخالية فى رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير

كما أن حق الملكية يتميز بأنه يقبل التنازل عنه والتصرف فيه ، فى حين أنه لايجوز للشخص أن ينزل لآخر عن اسمه ، وليس له أن يتصرف فيه لغيره (عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ٩٦ ومابعدها) .

باســتعمال اسمه كاسم مستعار أدبى أو فنى وكذلك يكون للشخص الذى ينشئ مالا معينا يحمل اسمه- كمحل تجارى أو علامة تجارية أو بــراءة اخــتراع – الــنزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاســتغلال هــذا المــال .إذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان : تميــيز الشخصــية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخــرى . وإذا كــان مستحيلا النزول عن الاسم المدنى لاستحالة الــنزول عــن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاســم الــتجارى مادام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا الــنزول ، يكــون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته [١].

٢- عدم سقوط الاسم بالتقادم :

مــادام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية . فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب .

ولذلــك فانــتحال شخص اسم آخر لايكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله إياه .

---

(١) حسن كيره ص ٥٥٢ ومابعدها – حسام الدين الأهوانى ص ١٠٠.

ولـــو كف شخص عن استعمال اسمه مدة من الزمن كان له أن يـــتخذه ثانية مهما طالت مدة تركه له ، فلا يفقد صاحبه ولا فروعه مـــن بعـــده هـــذا الاسم، لذلك فإن الاعتداء على الاسم بتشويهه أو بانتحاله أو بالتشهير به يعد مساسا واعتداء على شخصية صاحبه ، لذلـــك نصـــت المادة ٥١ مدنى – كما سنرى على أن : " لكل من نازعـــه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" .

(ب) خصائص الاسم باعتباره واجبا :

صـــياغة المـــادة (٣٧) تفيد بأن الاسم واجب يفرضه القانون. وهذا الواجب لايقع على المسمى نفسه .

فهـــذا الواجب يقع على الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة والذيـــن حددتهـــم المـــادة ١٥ من قانون الطفل وعلى رأس هؤلاء الأشخاص والد الطفل إذا كان حاضرا .

فهؤلاء يلتزمون بالإبلاغ عن واقعة الميلاد ، ومن بين البيانات التى يجب الإخطار بها اسم المولود .

وإذا تخلـــف من يقع عليه واجب الإبلاغ عن الإخطار بالميلاد مـــع بـــيان اسم المولود فإنه يخضع لجزاء جنائى هو الغرامة التى لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتجاوز مائة جنيه (مادة ٢٣ من قانون الطفل) .

ومن مظاهر كون الاسم واجبا ، عدم جواز تغيير الاسم إلا بعد المرور بعدة إجراءات رسمها القانون – كما سنرى– فلا يكفى لذلك رغبة الشخص وإعلانه بإرادته المنفردة عن تغيير اسمه[1].

٢٧٩- تغيير الاســم :

لكل شخص الحق فى تغيير اسمه وفى أى وقت يشاء . غير أنه لايجــوز إجراء أى تغيير للاسم فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عــن وقائع الميلاد إلا بقرار من اللجنة المشكلة طبقا للمادة ٤٦ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية . إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من القانون الأخير على أن :

" لايجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المســجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصــدر بذلــك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة وهذه اللجنة تشكل من : -

١- المحــامى العــام للنيابة الكلية بالمحافظة أو من ينيبه وفى حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم رئيسا .

٢- مدير الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينيبه .

٣- مديــر مديــرية الشــئون الصحية بالمحافظة أو من ينيبه (عضوين) .

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٢٤ .

(مادة ٤٧) .

وتحــدد اللائحــة التنفــيذية الإجراءات الخاصة بتقديم الطلبات وكيفــية القــيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر منها ، ويحدد وزير الداخلية بقرار منه رسوم الإصدار بما لايجاوز عشرة جنيهات (م٤٦/٣) (١).

---

(١)كمــا سبق أن نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦على الإجراءات التى يجــب اتباعها على من يريد تغيير اسمه فى المواد (٢٩- ٣٥) فقضت المادة (٢٩) على أن على راغب التغيير أن يقدم طلبا بذلك إلى المديرية أو المحافظــة الــتى ولــد بدائــرتها مرفقا به صورة من شهادة ميلاده والأوراق والأدلة التى تؤيد طلبه .
وعندئذ يجرى المدير أو المحافظ تحقيقا فى شأن الطلب ثم يرسل نتيجته مرفقة بالأوراق إلى وزارة الصحة (م٣١) . فإذا رأت الوزارة أن الطلب جائز القبول تنشر عنه إعلانا فى الجريدة الرسمية . ويشهر هذا الإعلان بالطــرق المبينة فى المادة ٣٢ . فإذا لم تقدم معارضة جدية فى الطلب خلال الثلاثة شهور التالية لشهره ، يصدر الوزير قرارا بإجراء التغيير فــى الدفاتــر بناء على موافقة لجنة مشكلة لهذا الغرض (م٣٢/٢). فإذا حصــل خلاف بين الطالب ووزارة الصحة بشأن إثبات الاسم الجديد فى دفاتر يكون للمحاكم عندئذ الفصل فيه .
وفــى ظــل القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ (الملغى) فى شأن الأحوال المدنية كان يتم تغيير الاسم بقرار من اللجنة المنصوص عليها بالمادة (٤١) مــن القانون وهى تماثل اللجنة المنصوص عليها بالمادة ٤٧ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ الحالى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لكـــل شـــخص أن يتخذ لنفسه اسما غير اسمه المعروف به ، ويذيعه فى الناس بالطريقة التى يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسم لم يكـــن اســـما معروفا انتحله قصدا لغرض خاص. واتخاذ الشخص اســـما غير اسمه يجعله مسئولا قبل من يعترض بحق على انتحال اســـمه . فمجـــرد طلـــب تغيـــير الاسم لايصح رفع دعوى به إلى المحاكم الأهلية . ولكن إذا رفع شخص على وزارة الصحة دعوى طلب فيها إضافة اسم إلى اسمه الشخص لكى يعرف باسمه مضافا إلـــيه الاسم الجديد بدلا من اسمه مع اسم أبيه وجده وإجراء التغيير المطلوب فى دفاتر المواليد ، واعترضت وزارة الصحة على جواز الإضـــافة فـــى ذاتها فإنها باعتراضها هذا تكون قد أثارت بلا حق نـــزاعا فـــى طلب لا شأن لها به ، ويجوز للمحكمة إذن أن تقضى للطالـــب فـــى دعواه بأحقيته فى طلب تغيير الاسم . أما عن إلزام الوزارة بإثبات الاسم الجديد فى دفاترها فمحله أن تكون الوزارة قد رفضـــت إثبات التغيير تعنتا منها . وهذا لاينكشف إلا بعد أن يكون المدعى قد أشهد أمام المحكمة الشرعية- وفقا لما جرى به العرف- علـــى التغيـــير وأعلن ذلك فى محل توطنه ومحل ميلاده ، ومضى من الوقت ما يتسع للاعتراض من كل من يهمه التغيير . فإذا كان الخلـــف على إثبات التغيير قد حصل مع كل ذلك فإنه عندئذ يكون مقتض للفصل فيه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٢٤)

٢٨٠- اسم الشهرة :

يقصــد باســم الشــهرة ، الاسم الذى اعتاد الناس إطلاقه على شخص معين مع إهمال اسمه الرسمى أو إضافته إلى اسم الشهرة.

وعــادة مــا يشتق هذا الاسم من صفة ذهنية للشخص (كنعت شــخص بــالذكى أو الغبى) أو جسدية (كالأعمى أو الأعرج) أو مهنية (كالأسطى أو الأستاذ) [١] أو غير ذلك .

كمــا قد يأتى اسم الشهر من إطلاق ذوى الطفل اسم آخر عليه لاستحســان هــذا الاسم عن اسمه الرسمى أو لسهولته فيشتهر بين الناس بهذا الاسم .

واســم الشهرة عند ذيوعه يصبح حقا لصاحبه وترد عليه نفس وسائل الحماية التى يضيفها القانون على الاسم العام . فإطلاق اسم الشــهرة لايترتــب علــيه انقضاء حق الشخص على اسمه العام. فلصــاحب اســم الشــهرة أن يمنع الاعتداء عليه ، سواء أوقع هذا الاعتداء بالمنازعة فيه أم بانتحاله [٢].

وللشــخص أن يغير اسمه الحقيقى حتى يكون متمشيا مع الاسم الــذى اشتهر به ، باتخاذ الإجراءات القانونية التى سبق بيانها . بيد

---

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ص١٠٦- نعمان جمعه ص ٤٢٨ - نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٨ .

(٢) حســن كيره ص ٥٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣ - محمد حسام لطفى ص ١٠٧ .

أن هـــذا مجـــرد حق له . فله أن يبقى حائزا لاسمه الحقيقى ولاسم شهرته معاً [1].

٢٨١ـ الاسم المستعار :

الاسم المستعار ، هو نوع من اسم الشهرة ، يتميز بأن الشخص ذاتــه هو الذى يطلقه على نفسه . والشخص يخلع على نفسه الاسم المستعار ، لكى يصل إلى تحقيق أحد الغرضين الآتيين أو كلاهما:

١- ســتر الشخصية فى مجال معين ، كما إذا احترف شخص التمثيل أو الغناء ، وكانت تقاليد أسرته لاتبيحه .

٢- المســاعدة على الشهرة فى مظهر النشاط . ويحصل ذلك عادة فى حالةما إذا أراد شخص أن يكسب الشهرة فى مجال معين، أدبيا كان هذا المجال أم صحفيا أم فنيا أم رياضيا أم غير ذلك .

وكـــان اســـمه الحقيقى صعبا أو شائعا ، فيلجأ إلى اسم مستعار يختاره ، بحيث يكون سهلا ومميزا .

وقـــد يتخذ بعض رجال الدين أسماء مستعارة لإضفاء نوع من المهابة على شخصيهم مثل الأسماء التى يتخذها البابا [2].

ولايثبــت الاســم المستعار للشخص إلا إذا اشتهر به ، بحيث يعرف ويتميز به [3].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢ .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ٩٢ .

(٣) نعمان جمعه ص ٤٢٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣ .

وواضح مما سلف أن الفارق بين اسم الشهرة والاسم المستعار– وهو نوع من اسم الشهرة– ما يأتى :

١- أن اسم الشهرة يطلقه الجمهور على الشخص أو يطلقه عليه ذويه أحيانا، فى حين أن الاسم المستعار يطلقه الشخص على نفسه .

٢- أن اسم الشهرة يشتبه مع الاسم الحقيقى فى أنه يستوعب كل شخصية الشخص ويغطى كل جوانب حياته ونشاطه . أما الاسم المستعار فهو يقتصر فقط على وجه معين من أوجه النشاط التى يمارسها الشخص [١].

والاسم المستعار يأخذ حكم الاسم المدنى – كالشأن فى اسم الشهرة بوجه عام – من حيث الحماية القانونية . ويحق لصاحبه أن يقاضى من يعتدى عليه ، بل يحق له أن يطلب إضافته إلى اسمه الرسمى أو استبداله به عن طريق اتباع الإجراءات القانونية المقررة فى هذا الشأن . ولايفقد الاسم المستعار أيا كانت درجة ذيوعه الشخص حقه فى استخدام اسمه الحقيقى مهما طال الزمن مادام لم يقم بتغيير هذا الاسم على النحو سالف البيان [٢].

---

(١) محمد حسام لطفى ص ١٠٦ – حسام الدين الأهوانى ص ٩٢ .
(٢) محمد حسام لطفى ص ١٠٧– عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣ .

٢٨٢ـ الاسم التجارى : [١]

الاسم التجارى هو الاسم الذى يطلقه التاجر على محله التجارى لتميــيزه عــن غيره من المحال، فيعرف به فى الوسط التجارى ، ســواء بيــن عملائـــه الذين اعتادوا الشراء منه أو زملائه التجار وأصحاب المصانع ورجال المال والبنوك الذين يتعاملون معه .

وقد أوجب القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بالأسماء التجارية على التجار أفرادا وشركات اتخاذ اسم تجارى لتمييز محالهم عن غيرها.

ومــتى اكتســب المحــل الــتجارى سمعة تجارية فإن السمعة الــتجارية تلازم الاسم التجارى بذات المحل التجارى ، كما يختلط تمامــا اسم الشخص بذات الشخص . وتبعا لهذه الصلة الوثيقة بين المحــل الــتجارى والاسم التجارى تزداد قيمة الاسم التجارى كلما ازدادت الســمعة الــتجارية للمــتجر، وهذا ما يفسر اعتبار الاسم التجارى من العناصر الجوهرية للمحل التجارى ، كما أن المصادر والأسباب التى تنشأ عنها السمعة التجارية مثل موقع المحل وجوده المنــتجات أو الخدمات وحسن المعاملة هى نفس الأسباب التى تنشأ وتزداد بها قيمة الاسم التجارى [٢].

---

(١) راجــع فـــى هذا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ص ٤٤٥ ومابعدها .

(٢) محمد حسنى ص ٤١٠ .

فإذا كان التاجر فردا وجب عليه أن يتخذ اسمه الشخصي عنصرا أساسيا في تكوين اسمه التجارى. ولايجوز في هذه الحالة أن يتضمن الاسم التجارى بيانات تدعو للاعتقاد بأن المحل التجارى مملوك لشركة (م١) ، فلا يجوز لتاجر اسمه مثلا (محمد حسن إبراهيم) أن يضيف لهذا الاسم في نهايته لفظ (وشركاه) .

ويجوز أن يتكون الاسم التجارى من اسم الشخص أو من اللقب أو منهما معا . فيكون الاسم التجارى مثلا (محلات القاضى) أو محلات (محمد إبراهيم القاضى) .

وقد يستمد الشخص الاسم التجارى من اسم الشهرة فإذا كان مشهورا في المعاملات باسم (الاسكندرانى) كان له أن يتخذ لمحله هذا الاسم [1].

ويجوز أن يتضمن الاسم التجارى بالإضافة إلى الاسم المدنى للتاجر بيانات تتعلق بنوع تجارته (م١/٢) مثل (خضر العطار) (الشبراويشى للعطور) .

كما يجوز أن يتضمن الاسم تسمية مبتكرة (م١/٢) [2].

---

(١) محمد حسنى عباس ص ٤١٨ .

(٢) التسمية المبتكرة وهى ما يطلق عليها أيضا السمة التجارية ، كما يطلق عليها البعض (العنوان التجارى) يقصد بها العبارات الجذابة التى يبتكرها صاحب المتجر ، ويتخذها كشعار أو رمز لتمييز محله عن غيره من المحال وليلفت النظر إليه ، كأن يسمى محله (سميراميس) أو (سيدتى الجميلة) أو (الصالون الأخضر) أو (الدار البيضاء).

وفى جميع الأحوال يجب أن يطابق الاسم التجارى الحقيقة وألا يؤدى إلى التضليل أو يمس الصالح العام ، كأن يكتب أنه وكيل شركة كبرى أو مورد للمصالح الحكومية أو مستورد على خلاف الحقيقة .

وبالنسبة للشركات ، **فإن عنوان شركة التضامن** يكون اسما تجاريا لها (م٥/١) .

وعنوان شركة التضامن ، يكون باسم واحد من الشركاء أو أكثر (م٢١ من قانون التجارة القديم) .

وللشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول بغير تعديل إذا ضم شريك جديد لعضويتها (م٥/١) .

وبالنسبة لشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، يكون عنوان الشركة اسما تجاريا لها (م/٢ معدلة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٥٤) .

ويراعى ما تقضى به المادة ٢٤ من قانون التجارة القديم من أنه يجب أن يشمل عنوان شركة التوصية اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسئولين المتضامنين . وطبقا للمادة السادسة من قانون الأسماء التجارية لايجوز بقاء اسم أحد الشركاء المتضامنين فى اسم الشركة التجارى فى حالة خروجه من عضويتها ولو كان ذلك بقبوله أو قبول ورثته . ولايسرى هذا الحكم على اسم الشركة الذى

يشير إلى وجود صلة عائلية بين أعضائها إذا ظلت هذه الصلة رغم خـــروج أحـــد الشـــركاء المتضامنين قائمة بين اثنين أو أكثر من الشـــركاء المتضـــامنين الباقين فى الشركة وكان أحدهم يحمل ذات الاسم العائلى الوارد فى الاسم التجارى للشركة .

أمـــا الشـــركة ذات المسئولية المحدودة فيكون عنوان الشركة اســـما تجاريـــا لها (م٢/٥ من قانون الأسماء التجارية) . وقد أجاز القـــانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لهذه الشركة أن تتخذ اسما خاصا لها مستمدا من غرضها ، ويجوز أن يتضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر (م٣/٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

أما شركات المساهمة فيكون لها اسم تجارى يشتق من الغرض مـــن إنشائها ، ولايجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنوانا لها (م٣/٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

ويجـــب أن يشمل هذا الاسم ما يدل على وجود شركة مساهمة، وإذا احتفظـــت شركة المساهمة باسم مؤسسة تجارية أخرى تملكها واتخذتـــه اســـمالها وجـــب عليها أن تضيف إلى هذا الاسم عبارة (شركة مساهمة) (م٢/٧ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١) .

وإذا تغـــير شـــكل الشـــركة من تضامن أو توصية إلى شركة مساهمة جاز للشركة المساهمة الجديدة أن تحتفظ باسمها السابق قبل التغيير حتى ولو كان يتضمن أسماء أشخاص بشرط أن تضيف إلى

الاسم عبارة "شركة مساهمة" كأن يقال شركة نابلسى شاهين لإنتاج الصـــابون والـــزيوت " شركة مساهمة" أو شركة فرغلى للأقطان "شركة مساهمة"(١).

وإذا قيد الاسم التجارى فى السجل التجارى وشهر وفقا لأحكام لائحـــة شـــهر الأسماء التجارية الصادرة بقرار وزير التجارة رقم ٢٧٩ لســـنة ١٩٥١، فـــلا يجوز لتاجر آخر استعمال هذا الاسم فى نـــوع الـــتجارة التى يزاولها صاحبه فى دائرة مكتب السجل الذى حصـــل فـــيه القيد، وإذا كان اسم التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم الـــتجارى المقـــيد فى السجل وجب عليه أن يضيف إلى اسمه بيانا يمـــيزه عـــن الاسم السابق قيده . ويسرى هذا الحكم على الفروع الحديثة للمحل التجارى (م٣ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١).

ويســـرى هـــذا الحكم على الأسماء التجارية الخاصة بشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المســـئولية المحدودة إذا تضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر . أمـــا شـــركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة التى يكـــون اســـمها مســـتمدا من غرضها فيجب أن تتميز أسماؤها عن أســـماء مثـــيلاتها المقـــيدة بجميع مكاتب السجل التجارى (م٤ من القانون ٥٥ لسنة ١٩٥١ معدلة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٥٤) .

---

(١) أحمد محرز ص ٥٩٥ .

والاســم التجارى من العناصر المعنوية الهامة للمحل التجارى وله قيمةمالية ويجوز التصرف فيه ، فهو من الأموال المعنوية التى ترد على أشياء غير مادية وبالتالى قابل للتصرف فيه (١).

غير أن الاسم التجارى يرتبط عند التصرف فيه بالمحل التجارى، فيتم التصرف فيه مع المحل التجارى، فلا يجوز التصرف فيه على اســتقلال، وعلــى هــذا نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بقولها : " لايجوز التصرف فى الاسم التجارى تصرفا مستقلاعن التصرف فى المحل التجارى المخصص لــه " . وقصــد المشــرع من ذلك حماية الجمهور من الاعتقاد أن الاســم الذى انتقل مستقلا عن متجره إلى الغير يمثل ذات المنشأة الأولــى أو أحــد فــروعها . على أنه يجوز التصرف فى المحل الــتجارى وحــده دون الاســم ، إذ يستطيع البائع اشتراط احتفاظه بملكية الاسم التجارى (٢).

ونصــت الفقــرة الثانية من المادة الثامنة من القانون على أنه يجوز لن تنتقل إلهي ملكية المتجر أن يستخدم اسم سلفه التجارى إذا أذن المتــنازل أو من آلت إليهم حقوقه فى ذلك على أن يضيف إلى هذا الاسم بيانا يدل على انتقال الملكية .

---

(١) الدكتورة سميحه القليوبى القانون التجارى الطبعة الرابعة١٩٩٩ ص٣٢.

(٢) الدكــتورة ســميحه القليوبى ص ٣٢- الدكتور محمود سمير الشرقاوى القانون التجارى الجزء الأول ١٩٩٢ ص ٢٠٥ .

ومفـــاد ذلك أن الاسم التجارى لاينتقل حتما إلى المشترى عند بيع المتجر وأنه يلزم إذن البائع أو من آلت إليه حقوقه فى ذلك .

فـــإذا أذن للمشـــترى باستخدام الاسم التجارى وجب أن يضيف المشترى إلى الاسم ما يفيد انتقال الملكية أى ما يفيد أن الاسم الذى يستعمله المشترى ليس اسمه الشخصى .

غـــير أن المشـــرع لم يشترط شكلا خاصا للبيانات التى أوجب على مشترى المحل التجارى أن يضيفها على المنتجات واكتفى بأن تدل هذه البيانات على انتقال الملكية إليه .

ويكفى فى ذلك أن يضيف المشترى إلى الاسم كلمة (خلف) أو (خلفاء) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيـــث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن النص فى الفقرة الثانـــية من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأســـماء التجارية قد نصت على أن " ويجوز لمن تنتقل إليه ملكية مـــتجر أن يستخدم اسم سلفه التجارى إذا أذن المتنازل أو من آلت إلـــيه حقوق فى ذلك على أن يضيف إلى هذا الاسم بيانا يدل على انـــتقال الملكـــية " يـــدل علـــى أن المشرع لم يشترط شكلا خاصا للبـــيانات التى أوجب على مشترى المحل التجارى أن يضيفها على

المنتجات واكتفى بأن تدل هذه البيانات على انتقال الملكية إليه . لما كـــان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وذهب إلى أن الثابـــت بـــتقريرى الخبـــير المـــندوب ولجنة التقييم أن الشركة المطعـــون ضـــدها المشترية تذكر الاسم التجارى على مطبوعاتها مســـبوقا باسمها وهو ما يكفى لحمل الحكم فى هذا الخصوص ولا مخالفـــة فـــيه للقانون أو الثابت بالأوراق ومن ثم يضحى النعى فى غير محله " .

(طعن رقم ٨٠١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٢)

إلا أن هـــذا لايغير من ضرورة أن يشتمل الاسم التجارى على اسم المالك الجديد للمتجر وفقا لما تقضى به المادة الأولى من قانون الأســـماء التجارية حيث يجب أن يتخذ مالك المشروع الفردى اسمه الشخصى عنصرا أساسيا فى تكوين الاسم التجارى للمشروع[١].

وأيدت محكمة النقض ما ذهبنا إليه من عدم انتقال الاسم التجارى حتما فى بيع المحل التجارى إلى المشترى إذ قضت بأن:

" الحكمـــة مـــن الاستثناء المقرر بالمادة ٢/٥٩٤ مدنى هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – رغبة المشرع فى الإبقاء علـــى الرواج المالى والتجارى فى البلاد بتسهيل بيع المتجر عندما يضـــطر صـــاحبه إلـــى بـــيعه وتمكين مشتريه من الاستمرار فى

---

(١) محمود سمير الشرقاوى ص ٢٠٥- سميحه القليوبى ص ٣٢ .

استغلاله ومفاد استلزام توافر العنصر المعنوى الخاص بالاتصال بالعملاء وجوب أن يكون الشراء بقصد ممارسة النشاط ذاته الذى كان يزاوله بائع المتجر، ولايغير من ذلك جواز استبعاد الاسم التجارى من العناصر التى ينصب عليها بيع المتجر " .

(طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٨)

وقد كفل المشرع للاسم التجارى حماية جنائية ومدنية أما الحماية الجنائية فتتمثل فيما تنص عليه المادة ٩ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ من أنه :

" يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتقل عن خمسة جنيهات ولاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل عمدا اسما تجاريا على خلاف أحكام القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له " .

أما الحماية المدنية ، فتكفلها القواعد العامة ، برفع دعوى المنافسة غير المشروعة ، فى حالة وقوع ضرر بالمدعى ، سواء كان الاسم التجارى مقيدا بالسجل التجارى أو غير مقيد مشهرا أو غير مشهر متى ثبت للمحكمة أسبقية استعمال المدعى له ، وفضلا عن الحكم بالتعويض النقدى يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض العينى كمنع استخدام الاسم أو إضافة بيان إليه لإزالة اللبس والتضليل وكذلك يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إذا كـان الحكـم المطعـون فيه قد استند فى تحديد حقـوق الطرفيـن إلى عقد تعديل للشركة المبرم بينهما وأوضح أن هـذا التعاقد تضمن قصر حق استعمال الاسم التجارى للشركة التى كانت معقودة بينهما على الشركة المطعون عليها والتزام الطاعنين اللذين انفصلا عن الشركة بعدم استعمال هذا الاسم ، كما استخلص الحكـم من مطابقة الاسم الذى اتخذه الطاعنان لاسم شركتهما باسم شـركة المطعون عليه وجود تشابه بين الاسمين من شأنه أن يوجد لبسـا لـدى جمهور المستهلكين فى تحديد مصدر منتجات كل من الطرفيـن ممـا يعتبر منافسة غير مشروعة ، وكان الحكم قد أقام قضاءه فيما انتهى إليه فى هذا الخصوص على الاعتبارات السائغة التى أوردها وعلى ما استمده من عبارات تعديل الشركة بغير فسخ أو تحريف فإن ما انتهى إليه فى هذا الصدد يكفى لحمل قضائه فلا محل للنعى عليه بالقصور فى التسبيب " .

(ب)- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسئولية الموجبة للتعويض من خطأ هو إخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما المطعـون علـيه منافسـة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التى اتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبسا فى تحديد مصدر

منـــتجات كـــل مــــن الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعى عليه بالقصور".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٢)

٢- (أ)- " الأصـــل أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصى "ويدخـــل فـــى ذلـــك اللقب" اسما تجاريا لتمييز محله التجارى عن نظائـــره ، ومـــن ثـــم فلا يتأدى تجريد شخص من اسمه التجارى المســـتمد من اسمه المدنى لمجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين علـــى أن القضاء لايعدم من الوسائل ، ما يدرأ به ما عساه يقع من خلط أو لبس أو منافسة غير مشروعة نتيجة لتشابه الأسماء ".

(ب)- " إذا كانـــت محكمـــة الموضوع إذ قررت أن المطعون عليهما الأول والثانى كانا على حق فى استعمال لقب " الشبراويشى" وأن أولهمـــا سعى لمنع خلط اللبس بإضافة اسمه الخاص قبل اللقب المذكـــور – وأن ســـعيه هذا كان على قدر إدراكه- فإنها تكون قد نفـــت عـــن المطعـــون عليهما الخطأ بجميع صوره سواء كان هذا الخطـــأ خـــروجا عن الحق أو تعسفا فى استعماله . بما يمتنع معه المساءلة بالتعويض " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠)

مـــادة (٣٩)

ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

الشـــرح

٢٨٣ـ تنظيم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها :

تنص المادة على أن ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها . ولم يصدر هذا التشريع حتى الآن.

ويقصـــد باللقـــب – كما ذكرنا – الاسم الذى اشتهرت به أسرة الشـــخص من زمن بعيد ، بحيث يبقى مدة طويلة وينتقل من السلف إلى الخلف لكى يضاف إلى اسم كل فرد من أفراد الأسرة ، فيميزه عـــن أشـــخاص آخرين لهم نفس الاسم ولكن ليس لهم نفس اللقب لأنهم ينتمون إلى أسرة أخرى .

واستخدام الألقاب فى مصر ظاهرة ليست منشرة. إذ يحدث ذلك أحـــيانا فى بعض العائلات الثرية ، حيث يحتفظ جميع الأجيال وإن نزلوا باسم الجد البعيد أو بالاسم الذى اشتهرت به الأسرة منذ زمن طويل .

ولكن الغالب من الأمر هو أن الشخص يعرف فى مصر باسمه واســـم والـــده واسم جده . وواجب التبليغ بالميلاد يقتصر على قيد الشـــخص باسم ثلاثى (اسمه – اسم والده – اسم جده أو اسم عائلته إن كان هناك اسم يميزها)[١] .

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٢٧ .


محتويات الكتاب

تم بحمد الله



